Gerhard Andreas Buß

Die Rechte des Testamentsvollstreckers in der werbenden offenen Handelsgesellschaft

1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0045

DIE RECHTE DES TESTAMENTSVOLLSTRECKERS IN DER WERBENDEN OFFENEN HANDELS-GESELLSCHAFT

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms - Universität zu Münster

Vorgelegt von
Gerhard Andreas Buß aus Paderborn

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

1. Referent: Professor Dr. Hans Brox

2. Referent: Professor Dr. Harry Westermann

Dekan: Professor Dr. Gisbert Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 4. 1971

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungen	XIX
Einführung	1

Erstes Kapitel

	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers am Nachlaß und die Vererbung der OHG-Mitgliedschaft	3
I.	Die gesetzliche Stellung des Testamentsvollstreckers.....	3
II.	Die OHG-Mitgliedschaft als Nachlaßbestandteil	3
	1. Die Vererbung der Kapitalrechte ...	5
	2. Die Vererbung der gesamten Mitgliedschaft	7

Zweites Kapitel

	Gesellschaftsrechtliche und haftungsrechtliche Fragen der gesetzlichen Testamentsvollstreckung über die Mitgliedschaft	13
I.	Die Verwaltungstätigkeit Dritter in der OHG	17
	1. Die Testamentsvollstreckung und die "Grundsätze des Gesellschaftsrechts"	18
	a) die Theorie vom Wesen der Gesellschaft	20
	b) Die Theorie vom Wesen der Mitgliedschaft	24
	c) Die Theorie von der Unvertretbarkeit der Organschaft	26

2. Zulassung der Testamentsvollstreckung durch die Gesellschafter 31

II. Das Problem der Haftung 33

1. Die beschränkbare Haftung des Erben für die Verpflichtungen des TV und seine Stellung als OHG-Gesellschafter 34

2. Die unbeschränkte Haftung des Erben für die Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers 39

III. Die Testamentsvollstreckung während der Übergangszeit nach § 139 HGB 43

Drittes Kapitel

Die gesetzliche Testamentsvollstreckung über die Mitgliedschaft als unzulässige Bindung des Erben (§ 138 BGB) 43

I. Die freiwillige Vereinbarung der Fremdverwaltung als Mißbrauch der Vertragsfreiheit 47

1. Die Kriterien unzulässiger Selbstbindung 50

2. Umfang und Auswirkung der vereinbarten Fremdverwaltung 53

3. Einzelfälle zulässiger Selbstbindung eines Gesellschafters 60

a) Die Grenzen der Abhängigkeit des einzelnen Gesellschafters im Innenverhältnis 60

b) Die Grenzen der Abhängigkeit des einzelnen Gesellschafters im Außenverhältnis 64

4. Zusammenfassung 65

II. Die Anordnung der Fremdverwaltung durch den Erblasser als Überschreitung der Testierfreiheit 66

1. Die Testierfreiheit des Erblassers im Hinblick auf die unentgeltliche Zuwendung des Nachlasses 67

2. Das Ausschlagungsrecht 71

3. Die Motive des Erblassers 78

Viertes Kapitel

Die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers zur Verwaltung der Mitgliedschaft 80

I. Die unwiderrufliche Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Erben aufgrund einer Auflage oder Bedingung des Erblassers 80

II. Die widerrufliche Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Erben 84

1. Die Stellung des bevollmächtigten Testamentsvollstreckers im Innen- und Außenverhältnis 84

2. Die Einschränkung des freien Widerrufs 87

3. Die Haftungsverhältnisse bei einem Nebeneinander von Testamentsvollstreckung und Bevollmächtigung ... 88

Fünftes Kapitel

Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder 91

I. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei treuhänderischer Übernahme der Mitgliedschaft 91

Seite

II. Die Haftungsverhältnisse bei der Treuhand 96

Sechstes Kapitel

Die Wahrnehmung einzelner Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker 99

I. Die Kapitalansprüche 99

II. Informations- und Kontrollrecht, Recht auf Anhörung 103

III. Das Kündigungsrecht 103

Zusammenfassung 105

Literaturverzeichnis

Ahlborn, Gerd:	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers in den Personalgesellschaften, Diss., Hamburg 1963
Bartholomeyczik,Horst:	Erbrecht, Ein Studienbuch, 9. ergänzte Auflage, München und Berlin 1971
Barz, Carl Hans:	Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 1947, S. 44
Bauer-Mengelberg,Rudolf:	Knebelungsverträge (Rechtsfragen der Praxis, Heft 19/2o) 1929
Baumbach-Duden:	Handelsgesetzbuch,Kommentar, 19. Auflage, München und Berlin 1971
Baumbach-Lauterbach:	Zivilprozeßordnung, Kommentar, 3o. Auflage, Berlin und München 197o
Baur, Fritz:	Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, Band I, S. 249, zitiert: FS
	" Nutzungen" eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung, JZ 1958, 465
Börner, Bodo:	Die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, AcP 166, 426
Boesebeck, Ernst:	Anmerkung zu OLG Celle, JW 1938, 1591, die Haftung des eigentlichen Geschäftsinhabers betreffend, der ein Handelsgeschäft durch einen "Strohmann" betreiben läßt.

Bondi, Felix:	Anmerkung zu RGZ 132, 138, JW 1931, 3073, über die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstrecker im Handelsregister, wenn die Erben ein Handelsgeschäft fortführen.
Brox, Hans:	Erbrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1966
Buchwald, Friedrich:	Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22
	Abtretung von "Anteilen an einer Personengesellschaft?", BB 1955, 52
Canaris, Claus-Wilhelm:	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
Christopeit, Ulrich:	Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung eines einzelkaufmännischen Unternehmens, Diss., Tübingen 1960
Coing, Helmut:	Anmerkung zu BGHZ 25, 275, JZ 1958, 167, über das Verhältnis von zwingender Gesetzesbestimmung und Parteidisposition im Bereich des Rechtes der Testamentsvollstreckung.
Dietrich, Hugo:	Anmerkung zu RGZ 170, 392, DR 1943, 807, über die Frage, ob der Testamentsvollstrecker die Mitgliedschaftsrechte des Erben wahrnehmen kann, wenn dieser durch Erbgang OHG-Gesellschafter geworden ist.
Dölle, Hans:	Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Fritz Schulz, Weimar 1951, Band II, S. 268 zitiert: FS

Donner, Günther: Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB, DR 1943, 1205

Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmannes, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, DNotZ 1944, 143

Düringer-Hachenburg: Das HGB, II. Band, 2. Hälfte, erläutert von Julius Flechtheim, 3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932

Düttmann, Theodor: Erbe und Testamentsvollstrekker des Gesellschafters einer OHG im Falle des § 139 HGB, Diss., Bonn 1956

Einmahl, Jürgen: Die Ausübung der Verwaltungsrechte des Gesellschaftererben durch den Testamentsvollstrekker, AcP 160, 29

Emmerich, Volker: Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen, ZHR 132 S. 297

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 2. Halbband, Tübingen 1960

Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897
zitiert: Denkschrift zum HGB

Erman, Walter: Handkommentar zum BGB, 4. Auflage, Münster 1967

§ 138 bearbeitet von H. Westermann

§§ 2197 ff bearbeitet von F. Hense

Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen per-

sönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1965, Band I, S. 277
zitiert: FS

Fischer, Robert: Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH, GmbH-Rundschau 1952, 113

Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 1959, 1057

Anmerkung zu BGHZ 3, 354, LM Nr. 1 zu § 105 HGB
über die Frage, ob das Stimmrecht eines OHG-Gesellschafters abgetreten werden kann.

Anmerkung zu BGHZ 20, 363, LM Nr. 7 zu § 161 HGB
über die Grenzen des gesellschaftsvertraglichen Stimmrechtsausschlusses bei einem Kommanditisten.

Anmerkung zu BGHZ 24, 106, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB
über treuhänderische Übertragung der mit der Mitgliedschaft in einer KG verbundenen Gesellschafterrechte des Erben auf den Testamentsvollstrecker.

Anmerkung zu BGHZ 33, 105, LM Nr. 8/9/10 zu § 140 HGB
über die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des einzigen dazu befugten Gesellschafters durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts und die Übertragung dieser Befugnis auf einen Nichtgesellschafter.

Anmerkung zu BGHZ 36, 292, LM Nr. 1 zu § 114 HGB

über die Frage, ob einem Dritten die gesellschaftliche Geschäftsführung übertragen werden kann.

Anmerkung zu BGHZ 44, 158, LM Nr. 21 zu § 138 (Bb) BGB über die Sittenwidrigkeit der Übertragung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte eines OHG-Gesellschafters auf einen sogenannten Treuhänder.

Anmerkung zu BGHZ 46, 291, LM Nr. 20 zu § 161 HGB über die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung der als Kommanditisten eintretenden Erben eines Gesellschafters, ihre Mitgliedschaftsrechte durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben zu lassen (Vertreterklausel).

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965

Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Bd. I S. 135 ff Karlsruhe 1960

Funke-Kaiser, Edgar: Die Stellung des Testamentsvollstreckers in der OHG, Diss. Köln 1956

v. Gierke, Julius: Fortsetzung der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, Festgabe für Wieland, Basel 1934 S. 97 zitiert: FS

Glaser, Hans: Haftungsfragen bei einer mit Erben fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft, DB 1956, 933

v. Godin, Reinhard:	Einzelfragen aus dem Recht der Offenen Handelsgesellschaft, JR 1948, 61
	Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949
Groschuff:	Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvollstrecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren, JW 1938, 1361
Hackl, Maximilian:	Die Stellung des Testamentsvollstreckers gegenüber der offenen Handelsgesellschaft, Diss., München 1950
Hallermann, Hermann:	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personalgesellschaft, Diss., Münster 1954
Hamann, Harald:	Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen nach Handelsrecht, Diss., Marburg 1963
Haegele, Karl:	Einzel- und Zweifelsfragen um die Testamentsvollstreckung, Der Deutsche Rechtspfleger 1956, 182
	Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht, Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat Baden-Württemberg 1968 S. 62 ff und 85 ff
Heins:	Betrachtungen zum Recht der OHG, zugleich eine Besprechung des neuen Buches von Hueck, NJW 1948, 252
Holch, Georg:	Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung, DNotZ 1958, 282

Hueck, Alfred:

Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 14. Auflage, München und Berlin 1968

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Auflage, Berlin 1964
zitiert: OHG

Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 1952, 550

Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, 1

Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts, ZHR 108, 1

Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft, ZHR 125, 1

Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschrift für Rudolf Hübner, 1935, S. 76 ff
zitiert: FS

Anmerkung zu BGHZ 3, 354, JZ 1952, 115, über die Frage, ob das Stimmrecht eines OHG-Gesellschafters abgetreten werden kann.

Anmerkung zu BGHZ 13, 179, JZ 1954, 505, über die schwebende Unwirksamkeit der Abtretung eines Gesellschaftsanteils ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter.

Anmerkung zu LG Bremen, NJW 1954, 477, über die vermögensrechtliche Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortführung der Gesellschaft mit einem oder mehreren Erben.

Anmerkung zu BGHZ 22, 186, JZ

1957, 222, über die Vererbung einer OHG-Mitgliedschaft bei mehreren Erben.

Anmerkung zu BGHZ JZ 1960, 490 JZ 1960, 491, über die zusätzliche Stimmrechtsbefugnis eines Dritten.

Anmerkung zu BGHZ 33, 105, JZ 1961, 89, über die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des einzigen dazu befugten Gesellschafters durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts und die Übertragung dieser Befugnis auf einen Nichtgesellschafter.

Anmerkung zu BGHZ 36, 292, JZ 1962, 362, über die Frage, ob einem Dritten die gesellschaftliche Geschäftsführung übertragen werden kann.

Hurst, Werner: Die Vertreterklausel bei der offenen Handelsgesellschaft, DNotZ 1967, 6

Johannsen, Kurt: Anmerkung zu BGHZ 12, 100, LM Nr. 1 zu § 2216 BGB die Testamentsvollstreckung über ein Handelsgeschäft betreffend.

Jonen, August: Die Vereinbarungen der Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Berlin 1921

Kipp-Coing: Erbrecht, Ein Lehrbuch, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960, 12. Bearbeitung, Tübingen 1965

Klussmann, Günther: Zur Testamentsvollstreckung bei Beteiligungen an Personengesellschaften, BB 1966, 1209

Koll, Willi: Anmerkung zu BGHZ 46, 291, NJW 67, 1908, über die gesell-

schaftsvertragliche Verpflichtung der als Kommanditisten eintretenden Erben eines Gesellschafters, ihre Mitgliedschaftsrechte durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben zu lassen (Vertreterklausel).

Krabbenhöft: Übergang von Geschäftsverbindlichkeiten und Geschäftsforderungen beim Erwerb eines Handelsgeschäfts und beim Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes, Der Deutsche Rechtspfleger 1957, 158

Krückmann, Paul: Kann ein Gesellschaftsanteil überhaupt übertragbar gemacht werden? JhJhb 74, 69

Kubisch: Anmerkung zu BGHZ 20, 363, NJW 1956, 1753, über die Grenzen des gesellschaftsvertraglichen Stimmrechtsausschlusses bei einem Kommanditisten.

Lange, Heinrich: Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962

Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen, JuS 1970, 101 ff

Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, München und Berlin 1967 zitiert: AT
Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, 10. Auflage, Berlin und München 1970

Grundsätzliches zu § 138 BGB, JurJhb Band 7, 1966/67, 98

Laufke, Franz: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. Band I, Seite 143 ff, Ber-

lin, Berlin-Frankfurt, Tübingen 1956

Lehmann, Heinrich: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1959

Liebisch, Arnold: Zur Rechtsstellung des Gesellschaftererben, ZAkfDR 1943, 233

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Amtliche Ausgabe, 2. Auflage, Berlin und Leipzig, 1888

Meyke, Rolf: Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, Diss., Bonn 1966

Müller-Erzbach, Rudolf: Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 154, 299

Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955

Nolte, Hermann: Zur Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung nach Handelsrecht, Festschrift für Nipperdey, Band I S. 667, München und Berlin 1965
zitiert: FS

Nordemann, Wilhelm: Zur "Testamentsvollstreckung" an Handelsgeschäften und in Personalgesellschaften, NJW 1963, 1139

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München und Berlin 1971

Pfeiffer, Horst: Zulässigkeit und Wirkung der sogenannten Vertreterklausel bei der OHG, Diss., Berlin 1965

Planck: Kommentar zum BGB
I. Band, bearbeitet von Knoke, Strecker, Flad, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1913

V. Band, Erbrecht bearbeitet von Flad, Ebbecke, Strecker,

Greiff, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1930

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn, Berlin 1897 - 1898

Raiser, Ludwig: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Karlsruhe 1960, Band I S. 101 ff

Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff

Rehlinger, Karin: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei den Personengesellschaften, Diss., Hamburg 1958

Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar

I. Band, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959, §§ 104 ff bearbeitet von Krüger-Nieland

II. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960, §§ 705 ff bearbeitet von Rob. Fischer

V. Band, 1. und 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960/1961 bearbeitet u. a. von K. H. Johannsen und W. Kregel

RGRK - Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
I. Band, 3. Auflage, §§ 8-37 bearbeitet von Hans Würdinger, Berlin 1967

II. Band, 2. Auflage, Berlin 1950 bearbeitet von O. Weipert, zitiert: Weipert

	II. Band, 3. Auflage, 1. Lieferung §§ 105-127 bearbeitet von Robert Fischer, Berlin 1967
Reinicke, G. und D.:	Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, NJW 1957, 561
Richardi, Reinhard:	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt 1961
Rieper, Wolfgang:	Die Testamentsvollstreckung über Einzelunternehmen und bei Personalgesellschaften des Handelsrechts, Diss., Kiel 1968
Riesenfeld, S.:	Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Band: Die Grundsätze der Haftung 2. Band: Das Inventar und die Mittel der Haftungsbeschränkung, Berlin 1916
Rüthers, Bernd:	Die privatautonome Gestaltung der Vererbung des Anteils an einer Offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel, AcP 168, 263 ff
Schilling, Wolfgang:	Zur Ausübung fremder Gesellschaftsrechte im eigenen Namen, in: Festschrift für Walter Schmidt, 1959, S. 208
Schlegelberger-Geßler:	Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. Band, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1955, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963
Schlicht:	Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)?, NJW 1954, 984

Schmidt-Rimpler, Walter:	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff
Schmitz-Valckenberg, Walter:	Der Testamentsvollstrecker bei Fortsetzung der OHG oder der KG mit dem Erben eines Gesellschafters, Diss., Köln 1962
Schneider-Zartmann-Martin:	Familienunternehmen und Unternehmertestament, 3. Auflage, Heidelberg 1960
Siber, Heinrich:	Das Verwaltungsrecht an fremden Vermögen im Deutschen BGB, IhJhb 1967, 81
Siebert, Wolfgang:	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 13 a, 3. Auflage, 1958 zitiert: Vortrag
	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin 1959, S. 321
	Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, Steuerberater-Jahrbuch 1955/56, S. 299 zitiert: StbJhb
	Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft, NJW 1955, 809
Soergel-Siebert:	Kommentar zum BGB Band I, 10. Auflage, Stuttgart 1967 §§ 104 ff bearbeitet von W. Hefermehl, §§ 164 ff bearbeitet von H. Schultze-v. Lasaulx

	Band V, 9. Auflage, Stuttgart 1961 §§ 2197 ff bearbeitet von Ehard und Eder
Sommer:	Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937
Staudinger:	Kommentar zum BGB Band I, 11. Auflage, Berlin 1957 bearbeitet von F. Brändl und H. Coing
	Band II, 4. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958 §§ 705 ff bearbeitet von E. Keßler
	Band V, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1954 bearbeitet von G. Boehmer, H. Lehmann, K. Seybold
	Band V, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960 §§ 2197 ff bearbeitet von Dittmann
Sudhoff, Heinrich:	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschafter München und Berlin, 3. Auflage, 1967
Teichmann, Arndt:	Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 27, München 1970
v. Tuhr, Andreas:	Die unwiderrufliche Vollmacht, Sonderdruck aus Festschrift für Laband, 1908 zitiert: FS
Vits, Hans-Joachim:	Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft, Diss., Münster 1964
Vogt, Peter:	Die unwiderrufliche Vollmacht, Diss., Bonn 1961

Weiler, Ferdinand: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283 ff

Weipert, Otto: Anmerkung zu BGHZ JR 1954, 59, JR 1954, 60, über die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters durch einen Dritten.

Westermann, Scherpf, Paulick, Bulla, Hackbeil: Handbuch der Personengesellschaften, Systematische Darstellung in gesellschaftsrechtlicher, steuerrechtlicher und arbeitsrechtlicher Sicht, Köln-Marienburg 1967

Wiedemann, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin, 1965

Anmerkung zu BGHZ 44, 158, JZ 1966, 102, über die Sittenwidrigkeit einer treuhänderischen Übertragung der Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters auf einen Dritten.

Wolf, Heinz: Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters, NJW 1954, 1549

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
a.M.	anderer Meinung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BWNotZ	Mitteilungen aus der Praxis, Zeitschrift für das Notariat Baden-Württemberg
Diss.	Dissertation
FN	Fußnote
FS	Festschrift
h.A.	herrschende Ansicht
IhJhb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JurJhb	Juristen-Jahrbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Rz	Randziffer
Rdnr	Randnummer
StbJhb	Steuerberater-Jahrbuch
ZAkfDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHB	Zentralblatt für Handelsrecht

Einführung

Den Tod eines Gesellschafters zählt das Gesetz unter die Auflösungsgründe einer OHG (§ 131 Ziff. 4 HGB). Die Gesellschafter können jedoch auch die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 138 HGB). Eine solche Fortsetzungsvereinbarung wird zumeist getroffen; denn es entspricht nicht den Interessen der verbleibenden Gesellschafter, daß ihr unter oft großem persönlichen und finanziellen Einsatz errichtetes Unternehmen in kurzer Zeit und vielleicht nur für einen Teil des wirklichen Wertes liquidiert wird. Wollen die Gesellschafter darüber hinaus, daß der mit der Mitgliedschaft verkörperte wirtschaftliche Wert in vollem Umfang auch ihren Erben zugute kommt und möchten sie dabei eine Abfindung vermeiden, so steht es ihnen weiterhin frei, die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben des verstorbenen Gesellschafters zu bestimmen (§ 139 Abs.I HGB). Von diesem Fall wird in der vorliegenden Arbeit ausgegangen.

Bei der Fortsetzung mit dem Erben können sich der Erblasser und seine Mitgesellschafter dem Problem gegenüber sehen, daß der Erbe nicht oder doch zumindest noch nicht für die Mitarbeit in der Gesellschaft geeignet ist. Es fehlen ihm z. B. die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen und Erfahrungen, er mag aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet sein, oder er hat keinerlei Interesse an der Mitarbeit in der Gesellschaft, etwa weil er ein ganz anderes Berufsziel verfolgt. Um auch bei dieser Sachlage einen möglichst ungefährdeten Fortbestand der vererbten Beteiligung und damit der Gesellschaft insgesamt zu sichern, empfiehlt es sich, dem Erben einen sachkundigen Verwalter der Mitgliedschaft an die Seite zu stellen. Das kann einmal durch

eine Vereinbarung der Gesellschafter geschehen, daß generell jeder nachrückende Erbe einen geeigneten Bevollmächtigten stellen und sich durch diesen in der Verwaltung der Mitgliedschaft vertreten lassen muß (sog. Vertreterklausel). Handelt es sich um mehrere Erben, kann auf diese Weise insbesondere auch eine einheitliche Ausübung der einzelnen auf sie entfallenden Beteiligungen erreicht werden.

Neben dieser Vertreterklausel besteht aber weiter die Möglichkeit, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung einen Testamentsvollstrecker[1)] ernennt. Das wird er namentlich dann tun, wenn er seinen eigenen wirtschaftlichen Vorstellungen über den Tod hinaus Geltung verschaffen will, oder dann, wenn die Mitgliedschaft nur einen Teil des Nachlasses ausmacht und er bei der gegebenen Unerfahrenheit des Erben auf diese einfache Weise eine sachgerechte Verwaltung des gesamten Nachlasses herbeiführen kann.

Die Darstellung dieser zweiten Möglichkeit und ihre rechtliche Durchführbarkeit im Recht der OHG ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit; es handelt sich insoweit um einen Ausschnitt des allgemeinen Problems, wie unterschiedliche gesetzliche Regelungen des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts miteinander vereinbart werden können.

Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf die Stellung des Testamentsvollstreckers in der werbenden OHG.

---

1) Im folgenden werden Testamentsvollstrecker und Testamentsvollstreckung mit TV abgekürzt.

Erstes Kapitel

Das Verwaltungsrecht des TV am Nachlaß und die Vererbung der OHG-Mitgliedschaft

I. Die gesetzliche Stellung des TV

Der TV soll den letzten Willen des Erblassers ausführen, § 2203 BGB. Zu diesem Zweck ist ihm eine außerordentliche Machtfülle verliehen. Während die TV normalerweise für die Abwicklung der letztwilligen Verfügungen und die Auseinandersetzung vorgesehen ist, kann der Erblasser auch eine Dauervollstreckung anordnen, und dies für eine nahezu unbegrenzte Zeit, §§ 2209, 2210 Satz 2 BGB. Der TV hat in diesem Fall den Nachlaß nicht zu liquidieren sondern zu verwalten.

Während der Dauervollstreckung hat der Erbe keinen Einfluß auf die Verwaltung des Nachlasses. Er kann nach § 2211 BGB nicht über die Nachlaßgegenstände verfügen, er hat dem TV gegenüber kein Weisungsrecht. Der TV seinerseits kann den Nachlaß in Besitz nehmen und über die Nachlaßgegenstände verfügen, § 2205 BGB, und er hat das Recht zur Prozeßführung, §§ 2212, 2213 BGB; er unterliegt keiner gerichtlichen Aufsicht, und er bedarf weiterhin keiner Genehmigung zu den in den §§ 1821, 1822 BGB genannten Geschäften; er handelt weitgehend nach seinem Ermessen.

II. Die OHG-Mitgliedschaft als Nachlaßbestandteil

Die beschriebene Rechtsmacht des TV ist jedoch auf die Verwaltung des Nachlasses beschränkt. Eine Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte ist also nur dann möglich, wenn die

Mitgliedschaft zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört. Dafür ist die Voraussetzung, daß von allen unterschiedlichen Fortsetzungsformen, derer sich die Gesellschafter bedienen können, im gegebenen Fall eine rein erbrechtliche Nachfolge vorgesehen und auch rechtlich möglich ist.

Ausgehend von der Formulierung des Gesetzes in § 139 HGB, herrscht heute im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die Gesellschafterstellung des Erblassers vererblich ist, wenn die Gesellschafter sich auf eine unmittelbare Fortsetzung mit dem Erben geeinigt haben[1]. Die Fortsetzungsvereinbarung ermöglicht den Übergang der Gesellschafterstellung auf den Erben, indem sie die Mitgliedschaft zum vererbli-

---

1) BGHZ 22, 186 (191) = NJW 57, 180; BGHZ BB 63, 323 = BGHZ WM 63, 259; KG DNotZ 55, 418 (420); KG DR 42; OLG Hamburg MDR 66, 333 = NJW 66, 986; Kipp-Coing § 91 IV 8; Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 5 g; Brox Rdnr. 111; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 162; Staudinger-Geiler-Keßler § 727 Anm. 18; Bartholomeyczik ErbR § 6 IV 1 a ii; Fischer § 105 Anm. 28 c; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm.5; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 21; Hueck § 28 II 1a; G. u. D. Reinicke NJW 57, 563; Liebisch ZHR 116, 128 (130 ff); J. v. Gierke FS, 104; Buchwald AcP 154, 22 (25); Richardi, S. 4 ff; Weiler DNotZ 52, 283 ff; Michaelis ZAkfDR 43, 233; Emmerich ZHR 132, 298

chen Gut gestaltet (Nachfolgeklausel)[1]; der tatsächliche Erwerb beruht auf der testamentarischen Verfügung des Erblassers oder auf gesetzlicher Erbfolge. Streitig ist dagegen, wie sich dieser erbrechtliche Übergang in seiner Konstruktion erklären, insbesondere mit § 1922 BGB vereinbaren läßt, und - damit zusammenhängend - welche Rechte der Mitgliedschaft unmittelbar in den Nachlaß fallen.

1. Die Vererbung der Kapitalrechte

Zum Teil wird vertreten, daß nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft vererbt werden könne[2].

---

1) Siebert, Vortrag S. 12; Kipp-Coing § 91 IV 8 d; Buchwald AcP 154, 22 (24, 25); anders dagegen, wenn im Gesellschaftsvertrag demjenigen, den der Erblasser zu seinem Erben bestimmt, lediglich das Recht eingeräumt wird, den Eintritt in die Gesellschaft zu verlangen (§§ 328, 331 BGB, Eintrittsklausel), vgl. Siebert, Vortrag S. 12 ff; Kipp-Coing § 91 IV 8 f. Dann erlischt die Mitgliedschaft des Erblassers mit seinem Tode, und es befindet sich allenfalls ein Abfindungsanspruch im Nachlaß, sofern er nicht im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist. Die Mitgliedschaft als volle gesellschaftsrechtliche Position mit allen Rechten und Pflichten dagegen begründet der Erbe erst selbst und neu für seine Person durch Aufnahmevertrag mit den anderen Gesellschaftern, vgl. Siebert Vortrag S. 13. Sie befindet sich demnach auch nicht im Nachlaß, der TV kann die Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben, Richardi S. 82.

2) RGZ DNotZ 36, 209; Wolf NJW 54, 1549; Schlicht NJW 54, 984 (985); Buchwald JR 55, 173 (174); Michaelis ZAkfDR 43, 233; Donner DR 43, 1208; ders. DNotZ 44, 143 (150).

Diese Auffassung wird damit begründet, daß es sich bei den mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechten um höchstpersönliche Rechte eines jeden Gesellschafters handele, die nicht nach § 1922 BGB übergehen könnten; außerdem verbiete auch § 717 Satz 1 BGB jede Übertragung dieser Rechte.

Die Meinung vermag jedoch nicht zu erklären, auf welche Weise der Erbe Inhaber der Verwaltungsrechte werden kann[1]. Wenn die Verwaltungsrechte zwingend an die Person des einzelnen Gesellschafters gebunden wären, müßten sie mit dessen Tod erlöschen. Die Wirkung der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel geht aber unbestritten gerade dahin, daß die Gesellschaft unmittelbar - d. h. also, ohne daß irgendein anderes Ereignis als der Tod des Erblassers eintritt- mit dem Erben als vollgültigem Gesellschafter fortgesetzt werden kann. Um diesen Widerspruch zu klären, sind die Vertreter dieser Auffassung gezwungen, eine Form des "von selbst Erwerbes" der Verwaltungsrechte zu dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem der Erbe in die vermögensrechtliche Position des Erblassers einrückt[2]. Worauf sich dieser Erwerb gründet, bleibt jedoch unklar. Wenn darauf hingewiesen wird, daß die Verwaltungsrechte dem Erben deshalb von selbst zuwachsen würden, weil sie jeder Gesellschafter innehabe, so wird übersehen, daß der Erbe durch den Übergang der Vermögensrechte allein nicht zum Gesellschafter werden kann. Eine neue gesellschaftsvertragliche Einigung aber, mit der dem Erben die

---

1) vgl. Westermann Rz 474
2) Buchwald JR 55, 173 (174); Wolf NJW 54, 1549; Donner DR 43, 1208; Michaelis ZAkf DR 233 (234).

Verwaltungsrechte eingeräumt werden, wird nicht abgeschlossen. Eine gesetzliche Grundlage des Erwerbs der Mitgliedschaftsrechte ist daher nicht ersichtlich. Die Meinung kann infolgedessen nicht überzeugen.

2. Die Vererbung der gesamten Mitgliedschaft

Im Gegensatz zu dieser Auffassung schließt der höchstpersönliche Charakter der mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte ihre Vererbung nicht grundsätzlich und zwingend aus. Es gibt zwar Rechte,deren Inhaberschaft und Ausübung mit einer bestimmten Person verbunden sind und mit deren Tod untergehen; hier soll es allein dem Rechtsinhaber selbst überlassen bleiben, ob er die Rechte ausüben will. In der OHG dagegen ergibt sich der höchstpersönliche Charakter der einzelnen mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte aus dem zwischen den einzelnen Gesellschaftern herrschenden Treueverhältnis. Im Rahmen der gemeinsamen, werbenden Tätigkeit und Zielsetzung wird gegenseitiges Vertrauen vorausgesetzt, und dies erfordert zunächst eine persönliche Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte[1]. Es ist immer die bestimmte Person, auf deren bekannten Eigenschaften und erwarteten Fähigkeiten die Begründung der Zusammenarbeit beruht. Eine solche allein auf die Individualität des Partners gestellte Gesellschafterbeziehung besteht aber gerade dann nicht mehr, wenn sich alle Gesellschafter darüber einig sind,daß der Erbe eines jeden Gesellschafters

1) BGHZ 31, 307; Westermann Rz 452; Fischer § 105 Anm. 31

dessen Stelle nach seinem Tode einnehmen soll[1]. Gestalten sie die Mitgliedschaft zu einem vererblichen Gut, kann jederzeit eine Person in ihren Kreis treten, auf deren Auswahl sie keinen unmittelbaren Einfluß haben und dessen Eignung, Interessen, Vermögensverhältnisse usw. keineswegs mit denen des Erblassers identisch sind. Möglicherweise existierte diese Person bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages noch gar nicht. Aus Gründen der gemeinschaftlichen Verbundenheit, insbesondere des gesellschaftsrechtlichen Vertrauensverhältnisses kann daher nicht auf einen zwingenden, die erbrechtliche Nachfolge ausschließenden höchstpersönlichen Charakter der Verwaltungsrechte geschlossen werden. Denn die Gestaltung dieses Vertrauensverhältnisses betrifft allein die eigenen Interessen der Gesellschafter. Diese Gestaltung steht folglich in der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter[2].

Auch ist die Inhaberschaft und Ausübung der einzelnen Rechte, wie etwa des Stimm-, Informations- oder Kontrollrechtes, nicht zwingend an den individuellen Gesellschafter gebunden. Im Rahmen einer Vermögens- und Haftungsgemeinschaft, wie sie die OHG darstellt, sind diese mitgliedschaftlichen Rechte vermögensrechtlich bestimmt und einer wirtschaftlichen Zielsetzung unterworfen. Das vorhandene Vermögen soll verwaltet, neues hinzu erworben werden. Gerade weil die Mitgliedschaftsrechte zur Verwaltung und Realisierung des eigenen kapitalmäßigen Einsatzes not-

---

1) Wiedemann S. 280
2) Hueck § 6 I (36); Fischer § 109 Anm.19; Weiler DNotZ 52, 283 (288); Ahlborn S. 63 Anm. 43; Krückmann IhJhB 74, 69 (71)

wendig sind, hat sie jeder Gesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft[1]. Das zeigt deutlich der Erbfall, denn im Ergebnis finden wir beim Erben dieselben Rechte wieder, wie sie auch dem Erblasser zustanden[2]. Persönliche Rechte aber, die zur Realisierung von Vermögensrechten dienen, können regelmäßig nach § 1922 BGB vererbt werden. Es besteht kein Grund, hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte von dieser Regel abzugehen. In der weiterbestehenden werbenden Gesamthandsgemeinschaft weicht ihre Individualbezogenheit der neutralen Verbundenheit mit dem wirtschaftlichen Wert[3].

Lassen sich demnach aus der Höchstpersönlichkeit Bedenken gegen die Vererbung einer mit den üblichen Rechten ausgestatteten Mitgliedschaft nicht herleiten, so vermag auch der Hinweis auf § 717 Satz 1 BGB nicht zu überzeugen. Unabhängig davon, ob der Vorschrift ein zwingender Charakter zukommt oder nicht[4], trifft sie nicht den Fall des Überganges der gesamten Mitgliedschaft auf einen neuen Teilhaber[5]. Sie will vielmehr verhindern, daß die Mit-

---

1) abgesehen von den Fällen, in denen auf Grund besonderer Fähigkeiten und Kenntnisse einem einzelnen Gesellschafter Sonderrechte, wie etwa ein Zweitstimmrecht oder ein erhöhter Gewinnanspruch, eingeräumt werden, vgl. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 162; BGHZ 20, 363 (370)
2) vgl. Weiler DNotZ 52, 283 (288)
3) Kipp-Coing § 91 IV 8 c; Richardi, S. 9; vgl. auch RGZ 145, 289 (295)
4) s. dazu auch S. 10 u. 20 ff
5) RGZ 92, 398 (400); Weipert Anm. zu BGHZ JR 54, 59; Wiedemann S. 61

gliedschaft beliebig aufgeteilt wird und einzelne Verwaltungsrechte auf Dritte übertragen werden; denn damit bestände die Gefahr, daß die gemeinsame Zielsetzung der Gesellschaft beeinträchtigt und mit Mitteln der Gesellschaft gesellschaftsfremde Interessen verfolgt werden können[1].

Ist z. B. der Gewinnanspruch eines Gesellschafters seinem Gläubiger abgetreten und sollte ihm nun zur Sicherung auch das Stimmrecht für einige Zeit überlassen werden, so wird er eher auf eine möglichst hohe Rendite sehen als auf eine Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft[2]. Gerade diese Gefahr, die § 717 Satz 1 BGB meint, besteht bei einem unmittelbaren Übergang der Mitgliedschaft auf den Erben nicht. Vielmehr wird dieser als Haftungsträger notwendig auf das gemeinsame Interesse verpflichtet. So stellt sich die Vererblichkeit der Mitgliedschaft als das gegebene Mittel zur Konsolidierung des Fortbestandes der Gesell-

---

1) BGHZ JR 54, 59 = JZ 54, 54 = MDR 54, 32= BB 53, 926 = BGHZ LM Nr. 6 zu § 1o5 HGB; Wiedemann S. 281

2) RGZ 95, 231 (233); 139, 224 (228); KG JW 32, 757

schaft dar[1].

Als Ergebnis ist danach festzuhalten, daß die Mitgliedschaft insgesamt vererbt werden kann, sofern eine Nachfolgeklausel besteht.
Ausgehend von dieser Vererblichkeit wird gleichwohl die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft bestritten[2].

---

1) Daneben kann im Einzelfall einmal eine unmittelbare Zuwendung der Mitgliedschaft auf den Todesfall gegeben sein. Auch dieser Fall scheidet für die vorliegende Untersuchung aus, die Mitgliedschaft gehört dann nicht zum Nachlaß. - Die Voraussetzungen dürften im übrigen nur ganz ausnahmsweise gegeben sein: entweder handelt es sich um eine direkte Zuwendung des Erblassers unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf den Erben, aber dann ist § 2301 BGB zu beachten, d. h. der Erblasser muß an die bedingte Verfügung soweit gebunden sein (§ 2301 Abs.II BGB), daß er den Rechtserfolg einseitig nicht mehr verhindern kann (§ 161 BGB), vgl. Siebert NJW 55, 809 (812), G. u. D. Reinicke NJW 57, 561 (562), oder man hält einen bedingten Verfügungsvertrag zwischen den Gesellschaftern und dem Erblasser zugunsten des Erben für durchführbar, §§ 328, 331 BGB, so Brox Rdnr. 892; Lange § 5 V 3, dagegen Siebert aaO 811. Zwar bestehen hier keine Bedenken aus § 2301 BGB, h. M. vgl. BGHZ 41, 95 (96); 46, 198 (201) m.w.N., aber der Erbe muß mindestens zustimmen, andernfalls handelt es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter (Mitgliedschaftspflichten!), vgl. RüthersAcP 168, 263 (274).

2) RGZ 170, 392 (394) = DNotZ 44, 91 = DR 43, 806 Nr. 10 = ZAkfDR 43, 235; RGZ 172, 199 (202) = DR 44, 379; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 162; vgl. auch BGHZ JR, 54, 59; ähnlich Liebisch ZHR 116, 128, 135 ff: es handele sich bei der Mitgliedschaft um ein Sondergut, das wohl zur Erbschaft aber nicht zum Nachlaß gehöre.

Vor allem das Reichsgericht[1] stellt darauf ab, daß der Inhalt der ererbten Rechtsposition in jeder Beziehung über den Nachlaßbereich hinausgreife, da er personen- wie vermögensrechtlich vom Gesellschaftsrecht bestimmt werde. Im Grunde handelt es sich dabei um die gleiche Begründung, die aus der Höchstpersönlichkeit der Mitgliedschaft überhaupt die Möglichkeit der Vererbung ausschließt, nur daß die Zäsur später vorgenommen wird: vererblich, aber nicht zum Nachlaß gehörig.
Das vermag jedoch nicht zu überzeugen. Dem Gesetz ist eine Trennung hinsichtlich des vererbten Gutes zwischen Erbschaft einerseits und Nachlaß andererseits fremd[2]. So ist der Bereich des Nachlasses keineswegs dadurch bestimmt, daß er von allen erbrechtlichen Regelungen erfaßt sein muß. Infolgedessen hängt die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft nicht davon ab, ob sie z. B. auch von einer Erbengemeinschaft wahrgenommen oder von einem Nachlaßverwalter oder TV verwaltet werden kann[3]. Entscheidend ist vielmehr, ob die Mitgliedschaft überhaupt vererbt werden kann, und diese Frage ist mit § 1922 BGB schon beantwortet[4]. Erst dann stellt sich das

---

1) RGZ 170, 392 (394); 172, 199 (202)
2) vgl. Richardi S. 12; Emmerich ZHR 132, 298
3) vgl. Mot. V S. 607
4) Buchwald AcP 154, 23; Siebert, Vortrag S. 20; Richardi S. 10; Düttmann Diss. S. 102; Schultze Diss. S. 43

weitere Problem, ob die Mitgliedschaft auch zum Nachlaß im Sinne der Vorschriften über die TV, d. h. also zum Verwaltungsbereich des TV gehört. Sollte sich dabei insoweit eine Unvereinbarkeit von Gesellschaftsrecht und Erbrecht ergeben, dann folgt daraus nur, daß die TV-Vorschriften nicht passen, nicht aber, daß die Mitgliedschaft generell nicht zum Nachlaß gehört. Aus dem Gesichtspunkt der Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft sind Bedenken gegen eine TV daher nicht herzuleiten.

Zweites Kapitel

Gesellschaftsrechtliche und haftungsrechtliche Fragen der gesetzlichen Testamentsvollstreckung über die Mitgliedschaft

Gehört die Mitgliedschaft zum Nachlaß, so fragt es sich, ob sie damit auch in den Verwaltungsbereich des TV fällt. Bedenken könnten sich einmal daraus ergeben, daß mit der OHG-Mitgliedschaft persönliche - über den Nachlaß hinausreichende - Rechte und Pflichten des Erben verbunden sind. Zum anderen könnten Schwierigkeiten aus der unterschiedlichen Haftungsregelung des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts entstehen.
Zur Beantwortung dieser Fragen muß zunächst auf das Verhältnis zwischen TV und Erbe eingegangen werden.
Der Verwaltungsbereich des TV wird dadurch gekennzeichnet, daß der TV in der Verwaltung des Nachlasses praktisch an die Stelle des Erblassers tritt. Er ist vom Einfluß des Erben weitgehend unabhängig. Dieser hat einen Anspruch auf Rechnungslegung, § 2218 Abs.II BGB; außerdem kann er Schadensersatz verlangen, wenn der TV seine Verwaltung schuldhaft nicht ordnungsgemäß durchführt, § 2219 BGB,und er kann

beim Nachlaßgericht die Entlassung bewirken, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, § 2227 BGB. Im übrigen ist der Erbe gehindert, über die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Nachlasses zu bestimmen. Er kann nicht über Nachlaßgegenstände verfügen, § 2211 BGB, und seine privaten Gläubiger können nicht in den Nachlaß vollstrecken, § 2214 BGB.
Diese weitgehende Rechtsmacht des TV wirkt sich nach den §§ 2205, 2206 BGB jedoch grundsätzlich nur auf den Nachlaß und nicht auf das persönliche Vermögen des Erben aus[1]. Denn in § 2205 BGB - wonach der TV "den Nachlaß zu verwalten" hat - kommt zum Ausdruck, daß die Befugnisse des TV objektiv und gegenständlich auf das vom Erblasser hinterlassene Vermögen beschränkt sind. Weiterhin ergibt sich aus § 2206 BGB, wonach der TV "Verbindlichkeiten für den Nachlaß" eingeht, daß es sich bei den Schulden, die der TV bei der Verwaltung des Nachlasses begründet, um Nachlaßverbindlichkeiten handelt, für die der Erbe infolgedessen seine Haftung nach erbrechtlichen Grundsätzen beschränken kann[2]. Der Erbe braucht also nicht persönlich mit seinem Vermögen zu haften, wenn er es nicht will[3].

Insgesamt wird damit eine scharfe Trennung beider Vermögensbereiche herbeigeführt. Dem TV ist die Verwaltung des Nachlasses als Sondervermögen zugeordnet, dem Erben bleibt die Verwaltung seines persönlichen Vermögens überlassen. Mit dieser Entsprechung zwischen Macht und Beschränkung des TV auf den Nachlaß ist eine grundsätzliche

---

1) vgl. Mot. V S. 234
2) Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 16; RGRK - Kregel § 2206 Anm. 6; Brox Rdnr. 525; Kipp-Coing § 68 III 6 a (302)
3) s. dazu im einzelnen u. S. 39 ff

Regelung des Verhältnisses TV - Erbe getroffen. Bei der hier gegebenen Problematik ist die Funktion des TV nunmehr auch mit der speziell gesellschaftsrechtlichen Stellung des Erben in Einklang zu bringen. Denn als OHG-Gesellschafter ist der Erbe auch persönlich gebunden. Diese eigene Bindung äußert sich einmal in den Pflichten gegenüber den Mitgesellschaftern und zum anderen namentlich in der persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Nach der h. M. ist aber gerade das nicht möglich: so ergebe sich aus dem zwischen den Gesellschaftern herrschenden höchstpersönlichen Rechtsverhältnis das Verbot einer partiellen Übertragung der Verwaltungsrechte auf einen Fremdverwalter[1]. Im Verhältnis des Erben zu den Gesellschaftsgläubigern sei es darüberhinaus die Unvereinbarkeit von erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Haftungsregelung, die zur Ablehnung der gesetzlichen TV

---

1) BGHZ JR 54, 59; KG JW 35, 3558 = JFG 13, 98; Weipert § 139 Anm. 13; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 12; Richardi,S. 34 ff; v. Godin, S. 119; Soergel-Erhard-Eder § 2205 Anm. 3; Schilling FS S. 208 (212, 215); vgl. auch die Begründung zur Unabtretbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Stimmrechts in BGHZ 3, 354 (357) = 52, 178 = MDR 52, 159 = JR 52, 24 = JZ 52, 114(Hueck)= BB 52, 10; BGHZ 20, 363 (365) = NJW 56, 1198 = JZ 56, 449 = BB 56, 574 = WM 56, 857; BGHZ 36, 292 = JZ 62, 362 (Hueck) = MDR 62, 372 = NJW 62, 738 = LM Nr. 1 zu § 114 HGB (Fischer)

führe[1]: Da der Erbe nach dem Gesetz die Möglichkeit habe, die Haftung für die Verbindlichkeiten aus TV auf den Nachlaß zu beschränken, würde die Verwaltung des Gesellschaftsanteils durch den TV schließlich auf eine OHG mit beschränkter Haftung hinauslaufen - ein Ergebnis, das sich mit gerade den wichtigsten Vorschriften

---

1) außer den in Anm. 4) Genannten: RGZ 170, 392 (394); RGZ 172, 199 (202, 203); BGHZ 24, 106 (112) = NJW 57, 1026 = LM Nr. 1 zu § 2218 BGB; BGHZ WM 66, 188; OLG Hamburg MDR 66, 333 = NJW 66, 986; KG JFG 13, 98 (100); KG DR 43, 353 (354); KG DNotZ 55, 418 (420); KG NJW 59, 1086 (1087);
Hueck OHG S. 304; Westermann Rz 506; Fischer § 105 Anm. 28 a; Weipert § 139 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14; Baumbach-Duden § 139 Anm.4; Palandt-Keidel § 2205 Anm. 1 b cc; RGRK-Kregel § 2205 Anm. 6, 8; Bartholomeyczik § 42 IV 3 b cc (275); Lange § 29, V 7 c (305); Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 62; Siebert FS 321 (329, 330); Nordemann NJW 63, 1139; Holch DNotZ 58, 282; Richardi S. 43; Wiedemann S. 322; Klußmann BB 66, 1209;

aA: Weiler DNotZ 52, 289 (295, 300); Michaelis ZAkfDR 43, 234; Funke-Kaiser S. 38; Einmahl AcP 160, 29 (37) Kipp-Coing § 68 III 2 b a. E.,s. a. Lange JuS 70, 104

für ein Einzelhandelsunternehmen:
RGZ 132, 138 = JW 31, 3073 (Bondi) = JFG 8, 1; BGHZ 12, 100 (103) = NJW 54, 1155 = JZ 54, 503 = DNotZ 54, 402 = GmbHRdsch 54, 106; LM Nr. 1 zu § 2216 BGB (Johannsen); KG JW 36, 1137; KG JW 37, 2599 (2600) = HRR 37, Nr. 1374; KG JFG 18, 276 (279) = JW 39, 104 = DJ 39, 1006 = HRR 39 Nr. 10 = DNotZ 39, 344; OLG München JFG 14, 428
Hueck ZHR 108, 1 (31); Sommer DNotZ 36, 937; Groschuff JW 38, 1361 (1362)

aA: Baur FS S. 249 ff; Kipp-Coing § 68 III 2 a; Buchwald AcP 154, 22 (29, 30); Christopeit Diss. S. 85 ff.

des Rechtes der OHG in Widerspruch setze (§§ 105, 128 HGB). Die h. M. stützt damit ihre Ablehnung der gesetzlichen TV an der Mitgliedschaft des Erben sowohl auf allgemeine gesellschaftsrechtliche als auch auf speziell aus der Divergenz von Erbrecht und Gesellschaftsrecht folgende haftungsrechtliche Einwände. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die gesetzliche TV aus diesen Gründen scheitert.
In der anschließenden Darstellung wird zunächst untersucht, ob die Verwaltungstätigkeit des TV nach Gesellschaftsrecht durchführbar ist.

I. Die Verwaltungstätigkeit Dritter in der OHG

Bedenken gegen die Zulässigkeit der gesetzlichen TV können sich daraus ergeben, daß die Fremdverwaltung zu einer Aufteilung zwischen Inhaberschaft und Ausübung der Mitgliedschaftsrechte führt. Der Erbe bleibt zwar Gesellschafter, er kann seine Rechte jedoch nicht wahrnehmen. Das geschieht vielmehr durch den Fremdverwalter, der selbst nicht Mitglied der Gesellschaft ist. Der Fremdverwalter steht damit als Dritter außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkreises. Außerdem fehlt es ihm an dem eigenen wirtschaftlichen Interesse an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, da ihn weder der Verlust noch der Gewinn der Gesellschaft selbst betreffen. Darin liegt eine Gefahr für die Gesellschafter. Es fragt sich, ob daraus die gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit der TV hergeleitet werden kann.

1. Die TV und die "Grundsätze des Gesellschaftsrechts"

Einer Wahrnehmung der Befugnisse eines Mitglieds durch einen Dritten hat die h. M. stets widersprochen, wenn es sich dabei um die Ausübung der persönlichen Befugnisse, namentlich des Stimmrechtes handelte. Die Begründungen sind unterschiedlich. Der BGH[1] beruft sich darauf, daß eine solche Fremdverwaltung mit dem "Wesen der Gesellschaft" nicht vereinbar sei. In etwas anderer Formulierung folgt dem ein Teil der Literatur unter Hinweis auf § 717 Satz 1 BGB[2]. Das Verbot der Übertragung von höchstpersönlichen Ansprüchen, die den Gesellschaftern untereinander aus dem Gesellschaftsverhältnis zustehen, sei zwingend und stelle einen das ganze Gesellschaftsrecht treffenden Grundgedanken dar[3].

---

1) BGHZ 3, 354 (357); BGHZ JR 54, 59 (Weipert); BGHZ 20, 363 (364); BGHZ NJW 60, 963 (964) = JZ 60, 490 (Hueck) = WM 60, 430; BGHZ 36, 292 (293) = JZ 62, 362 (Hueck)

2) Siebert StbJhb 55/56, 321; RGRK-Fischer § 717 Anm. 1, 10; Fischer § 109 Anm. 7, 18; Wiedemann S. 278 Anm. 3; vgl. auch KG DR 43, 353 (354)
aA: Staudinger-Geiler § 717 Anm. 10; Schlegelberger-Geßler § 109 Anm. 12; Weipert § 109 Anm. 7; Hueck ZHR 83, S. 25; Dietrich DR 43, 808; Emmerich ZHR 132, 300; Teichmann S. 156 ff RGZ 92, 398 (400); RGZ JW 19, 933; BGHZ 3, 354 (357); 13, 179 (182)

3) so insbesondere RGRK-Fischer § 717 Anm. 10

Auf der anderen Seite wird die Betonung auf das Wesen der einzelnen Mitgliedschaft gelegt[1]. Ebenfalls unter Berufung auf § 717 Satz 1 BGB wird ausgeführt, es folge aus den "besonderen Gestaltungsprinzipien des Gesellschaftsrechts", daß kein Gesellschafter von der Mitwirkung in der Gesellschaft ausgeschlossen werden könne[2].
Schließlich wird die Unzulässigkeit der TV aus dem sogenannten Grundsatz der "Unvertretbarkeit der Organschaft" abgeleitet[3]. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft seien danach organgschaftliche Rechte der Mitglieder, die nicht von Dritten ausgeübt werden könnten.

Diese Begründungen haben, so unterschiedlich sie in der einzelnen Ausgestaltung sind, eine methodische Gemeinsamkeit. Um die Vertragsfreiheit der Gesellschafter (Zulassung der TV) und die Testierfreiheit des Erblassers (Anordnung der TV) zu beschränken, wird auf gesellschaftsrechtliche Grundsätze, auf das "Wesen" der Gesellschaft bzw. der Mitgliedschaft zurückgegriffen. Dieses Vorgehen kann jedoch solange nicht überzeugen, als nicht deutlich gemacht wird, was unter dem jeweils angeführten Grundsatz und Wesen zu verstehen ist und welche schutzwürdigen Interessen dahinterstehen[4].

---

1) BGHZ JR 54, 59; KG DR 43, 353 (354); Weipert § 139, 13; vor allem Richardi S. 42; ihm folgend Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14; vgl. auch Fischer § 105 Anm. 28 d

2) Richardi S. 37

3) Schilling FS S. 208 (215); vgl. auch v. Godin S. 119

4) vgl. auch Erman FS S. 283 ff.

Denn das Wesen eines Rechtsinstituts kann in der Beweisführung nur verbales Hilfsmittel sein, weil ein solcher Hinweis erst dann trifft, wenn hinter diesem Wesen ein allseits anerkannter Rechtssatz oder gar eine Rechtsüberzeu- steht, deren Evidenz auf diese Weise nur verkürzt formuliert wird; insofern hat das Wesen selbst keine Beweiskraft, es weist hinter sich; fehlt diese Rechtsüberzeugung,kann es nur postulieren. Die "Wesensbegründung" wird dann zur Scheinbegründung , sie birgt die Gefahr nicht interessengerechter Entscheidung in sich und führt notwendig zur Unsicherheit bei der Wertung des Einzelfalls.
Im folgenden soll untersucht werden, ob die angeführten speziell gesellschaftsrechtlichen Argumente nach der Interessenlage, wie sie bei der TV besteht, für die Entscheidung brauchbar sind.

a) Die Theorie vom Wesen der Gesellschaft

Unter der Begründung, das Wesen der Gesellschaft verbiete die Fremdverwaltung der Mitgliedschaftsrechte, werden zwei Gesichtspunkte zusammengefaßt: der höchstpersönliche Charakter der Verwaltungsrechte und die gesamthänderische Bindung der Gesellschafter.
Auf die Frage, inwieweit von einem höchstpersönlichen Charakter der Verwaltungsrechte gesprochen werden kann ist bei der Frage der Vererbung eingegangen worden[1]. Dort hat sich ergeben, daß aus dem höchstpersönlichen Charakter nicht ein Grundsatz herzuleiten ist, wonach die Übertragung der Verwaltungsrechte zwingend verboten ist. Das folgt schon daraus, daß die Mitgliedschaft vererbt werden kann. Von einem zwingend höchstpersönlichen Charakter der Rechte könnte man nur dann sprechen, wenn damit

1) s. o. S. 7 ff.

auch der Schutz Dritter gewährleistet würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Die persönliche Ausübung der Verwaltungsrechte durch einen bestimmten Gesellschafter und das grundsätzliche Vertrauen der Gesellschafter untereinander liegen vielmehr allein im Interesse der Gesellschafter. Bei der Fremdausübung der Mitgliedschaft handelt es sich also um eine Frage des Innenverhältnisses der Gesellschaft, und dafür stellt § 109 HGB klar, daß es insoweit allein auf die Beschlüsse der Gesellschafter selbst ankommt.

Demnach ist erforderlich, daß alle Gesellschafter mit der TV einverstanden sind. Es genügt also nicht, daß der Erblasser-Gesellschafter die TV anordnet. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Tätigkeit des TV in der Gesellschaft möglicherweise eine Gefahr für die Gesellschafter bedeutet, weil ihm als einem außenstehenden Dritten keine Mitgliedschaftspflichten auferlegt sind. Es ist allein Sache der Gesellschafter, ob sie diese Gefahr auf sich nehmen wollen oder nicht. Daneben sei darauf hingewiesen, daß diese Gefährdung denkbar gering ist. Einmal steht es den Gesellschaftern frei, die Übernahme der Mitgliedschaftsrechte davon abhängig zu machen, daß sich der TV auch den erforderlichen Pflichten unterwirft (z. B. Auskunftspflicht, Verschwiegenheitspflicht), zum anderen treffen den TV kongruente Pflichten aus dem Verhältnis zum Erben. Danach würde eine die Belange der Gesellschaft verletzende Handlung, also etwa die Nichtbeachtung der Verschwiegenheitspflicht, eine Verletzung der dem Erben gegenüber bestehenden Leistungs- und Sorgfaltspflichten bedeuten und damit einen Schadensersatzanspruch begründen (§§ 2216 Abs.I, 2219 Abs. I,BGB)[1].

---

1) vgl. BGHZ JZ 60, 490 (Hueck)

Nichts anderes kann schließlich für die Begründung gelten, die Fremdverwaltung widerspreche dem "Wesen der Gesamthandsgemeinschaft". Es trifft zwar zu, daß der TV außerhalb der gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckgemeinschaft steht, und darin ein Risiko für die Gesellschafter liegt. Er mag leichtsinniger als sie seine Rechte wahrnehmen,weil er nicht am Verlust der Gesellschaft beteiligt ist;seine Mitarbeit mag sich hemmend auswirken, weil er selbst keinen Gewinnanspruch hat und als neutraler Verwalter mehr auf die Bestandssicherung der Gesellschaft Wert legt als auf deren Ausdehnung. Aber aus dieser Gefahr läßt sich nicht auf die zwingende Unzulässigkeit der TV schließen. Da allein die Interessen der Gesellschafter bedroht sind, kommt es wiederum nur auf ihre eigene Entscheidung an.

Insgesamt ergibt sich: Mit der in der Gesamthandsgemeinschaft bestehenden Bindung aller Gesellschafter und der darauf gegründeten Identität der Interessen soll ebenso wie mit dem grundsätzlich vorausgesetzten Vertrauensverhältnis der Gesellschafter die Geschlossenheit des Gesellschafterkreises angesprochen sein. Die Abschirmung der Gesellschaft Dritten gegenüber besteht aber nur zum Schutze der Gesellschafter selbst[1]. Diese können folglich darauf verzichten. Die Notwendigkeit dieser Abschirmung entfällt im übrigen überhaupt, wenn z. B. ein Mitgesellschafter zum TV bestellt wird[2]. Darüberhinaus wird die Abdingbarkeit dieser auf die Geschlossenheit des Gesellschafterkreises bezogenen Kriterien insofern von der h. M. selbst anerkannt, als sie mit dem Merkmal der Einheitlichkeit der Rechtsausübung das Auftreten Dritter in

---

1) BGHZ 24, 106 (114); Siebert Vortrag, 19;Buchwald AcP 154 31; vgl. auch Hueck OHG S. 85; RGRK-Fischer § 717 Anm.11

2) so wie in dem in RGZ 172,199 entschiedenen Fall; ebenso Kubisch in Anm. zu BGHZ NJW 56,1753; dahingestellt von BGHZ JR 54, 59

der Gesellschaft dann für zulässig erachtet, wenn diese nicht nur einzelne sondern alle Rechte eines Mitgliedes ausüben[1]. Käme es wirklich grundsätzlich auf ein Vertrauensverhältnis der Gesellschafter an und wäre tatsächlich die Identität der Vermögensinteressen Voraussetzung für ein Mitwirken in der Gesellschaft, dann müßte die Abspaltung aller Rechte zu Gunsten eines fremdinteressierten oder neutralen Außenstehenden genauso unzulässig sein wie die Abspaltung des Stimmrechts allein[2].

---

1) BGHZ JR 54, 59; 24, 106 (112, 114); dahingestellt von BAG NJW 62, 556 (557); Holch DNotZ 58, 282; vgl. auch Siebert FS 335; ebenso die Argumentation zu § 717 BGB, vgl. Weipert Anm. zu BGHZ in JR 54, 61: "§ 717 verbietet nicht die Ausübung durch eine Hand". Auf der gleichen Linie liegt es, wenn der BGH es für zulässig hält, daß ein Dritter, allerdings nicht statt eines Gesellschafters, sondern neben allen Gesellschaftern sämtliche Verwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht ausüben darf (BGHZ JZ 60, 490 (Hueck); BGHZ 36, 292 (294); Fischer § 119 Anm. 25; vgl. auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 115 Anm. 8, sie klammern allerdings die Geschäftsführungsbefugnis aus). Zwar sind diese Rechte nur obligatorischer Natur und ihre Verletzung, etwa durch eine Nichtbeachtung des Votums des Dritten, führt nicht zur Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses, wie es bei echten Mitgliedschaftsrechten der Fall wäre, gleichwohl begründen sie die praktisch unbegrenzte Mitwirkung eines Nichtmitgliedes; zur Kritik vgl. auch Teichmann, S. 221 f.

2) vgl. Richardi S. 42

Die Begründung aus dem Wesen der Gesellschaft ist daher weder in sich überzeugend noch entspricht sie der Interessenlage. Sie ist daher abzulehnen.

b) Die Theorie vom Wesen der Mitgliedschaft

Ebensowenig überzeugt die Begründung aus dem "Wesen der Mitgliedschaft", wonach die besonderen Gestaltungsprinzipien des Gesellschaftsrechts eine Fremdverwaltung verbieten sollen. Im Unterschied zu der Begründung aus dem "Wesen der Gesellschaft" wird hier von der Stellung des einzelnen Gesellschafters im Gesellschaftsverband her argumentiert. Es wird jedoch nicht dargelegt, welcher gerade gesellschaftsrechtliche Zweck und welche speziell im Gesellschaftsrecht normierten und anerkannten Interessen des einzelnen Gesellschafters die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte hindern sollen[1]. Ohne eine Wertung der Interessen kann jedoch aus dem Begriff Mitgliedschaft nichts hergeleitet werden.
Für die Frage nach der Zulässigkeit der Fremdverwaltung kann es dabei dahingestellt bleiben, ob man die Mitgliedschaft als subjektives Recht oder als Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern auffassen will[2]. In jedem Fall bezeichnet sie die Zugehörigkeit zu der konkreten Verbandseinheit. Im Rahmen dieser Zugehörigkeit bestehen für das einzelne Mitglied neben den Pflichten gegenüber den anderen Mitgliedern (vor allem Treuepflicht) grundsätzlich eine Reihe von Rechten, die entweder auf die persönliche Tätigkeit bezogen sind (z. B. das Stimmrecht) oder aber vermögensmäßig bestimmt sind (z. B. der Gewinn-

1) vgl. Richardi S. 42, der sich auf die zwingende Natur des § 717 S. 1 BGB beruft
2) Wiedemann S. 39 m.w.N.

anspruch). Die bezeichneten Rechte des einzelnen Mitgliedes gründen in der regelmäßig gemeinsamen Zweckverfolgung. Art und Umfang dieser Rechte werden dabei jedoch nach der Lage des Einzelfalls durch den Gesellschaftsvertrag in der unterschiedlichsten Weise ausgestaltet. Insgesamt ergibt sich aus der Tatsache, daß eine Person Mitglied in einer zweckgerichteten Personengemeinschaft ist, lediglich ein grundsätzliches Recht auf Teilnahme am Geschäftsgang der Gemeinschaft. Daraus folgt aber nicht, daß jedes Mitglied sein Teilnahmerecht auch selbst ausüben müßte. Entscheidend kann hier vielmehr nur ein anderer Gesichtspunkt sein. Die Fremdausübung der Mitgliedschaftsrechte bedeutet für den Erbengesellschafter einen erheblichen Eingriff in seine Freiheitssphäre. Folglich ist die rechtliche Zulässigkeit dieses Eingriffes nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zu beurteilen[1]. Darüber gibt aber eine allgemein auf das Gesellschaftsrecht und die "Struktur" bzw. das "Wesen" der Mitgliedschaft bezogene Wertung keine Auskunft. Sie stellt als lediglich begriffliche Argumentation nur eine Scheinbegründung dar.

Daneben sei darauf hingewiesen, daß sie notwendig zur Unsicherheit in der Beurteilung des Einzelfalls führen muß. Es kann z. B. bestimmt sein, daß jeder Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsrecht erst dann erwirbt, wenn er fünf Jahre in der Gesellschaft tätig war. Während dieser Zeit soll sein Stimmrecht auf die Beschlüsse beschränkt sein, die eine wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrages mit sich bringen oder die persönlichen Pflichten des einzelnen Gesellschafters betreffen[2]. Bei einer solchen Regelung ist es durchaus denk-

---

1) Westermann Rz 322
2) s. dazu im einzelnen u. S. 60 ff

bar, daß zu dem Zeitpunkt, in dem der Erbe in diese beschränkte Rechtsstellung einrückt, nur ein Gesellschafter zur Geschäftsführung (§§ 114, 125 HGB)[1] berechtigt ist. Würde nun der Erblasser gerade diesen Gesellschafter zum TV ernennen, ist der Erbe - konstruktiv gesehen - in doppelter Hinsicht abhängig. In diesem Fall ist es dem Erben dann gleichgültig, ob ihn der Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft oder in seiner Eigenschaft als TV verpflichtet. Warum nun die erste Form gesellschaftsrechtlicher Abhängigkeit zulässig, die letztere jedoch unzulässig sein soll, kann nur aus der Feststellung beantwortet werden, daß der Erbe in der einen Form stärker, und zwar über das zumutbare Maß hinaus, beeinträchtigt sein kann als in der anderen, nicht aber aus "Wesen und Struktur" der Mitgliedschaft.

c) Die Theorie von der Unvertretbarkeit der Organschaft

Schließlich läßt sich die Unzulässigkeit der TV auch nicht aus dem sogenannten Grundsatz der "Unvertretbarkeit der Organschaft" begründen. Schilling[2] ist der Auffassung, daß jeder Gesellschafter kraft Selbstorganschaft Geschäftsführer sei und die Pflicht zur Geschäftsführung im eigentlichen Sinne höchstpersönlich und unvertretbar sei. Die Unvertretbarkeit der Organschaft sei ein allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechts. Außerdem sei es mit der unternehmerischen Verantwortung des geschäftsführenden Gesellschafters nicht vereinbar,

---

1) soweit im folgenden von Geschäftsführung die Rede ist, wird darunter sowohl Geschäftsführungsbefugnis als auch Vertretungsmacht verstanden.
2) Schilling FS S. 215.

wenn er in seiner organschaftlichen Stellung von einem Nichtorgan vertreten würde.
Zunächst ist zu sagen, daß diese Stellungnahme nicht eindeutig ist. Denn es wird sowohl auf den höchstpersönlichen Charakter der Geschäftsführungspflicht als auch allgemein auf den Grundsatz der "Unvertretbarkeit der Organschaft" verwiesen. Soweit mit diesem Grundsatz lediglich eine Bezeichnung gemeint ist, mit der der höchstpersönliche Charakter der Mitgliedschaftsrechte zusammengefaßt werden soll[1], kann der Meinung, wie schon oben[2] ausgeführt wurde, nicht gefolgt werden.

Soweit damit aber gesagt sein soll, daß die Organschaft selbst, also der organschaftliche Charakter der Geschäftsführungsrechte, eine Fremdverwaltung verbiete, so kann auch diese Begründung nicht überzeugen. Es ist zwar zutreffend, von Selbstorganschaft der einzelnen Gesellschafter zu sprechen, weil jedem Gesellschafter kraft seiner Stellung grundsätzlich Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zustehen (§§ 114 Abs. I, 125 Abs. I HGB). Aber weder das schutzwürdige Interesse aller Gesellschafter noch das des einzelnen Erbengesellschafters oder Dritter erfordert eine "Unvertretbarkeit" der Organschaft.
Stellt man auf den Schutz der Gesellschafter vor der Einwirkung Dritter ab, so können sie darauf verzichten[3]. Dabei steht es ihnen frei, dessen Stellung durch gesellschaftsvertragliche Bestimmung oder durch Beschluß in der unterschiedlichsten Weise zu regeln. Sie können

---

1) so wohl v. Godin S. 119
2) s. o. S. 20 ff
3) s. o. S. 20 ff

einmal dem TV die Stellung eines Handlungsbevollmächtigten (§ 54 HGB) zuweisen oder die eines Prokuristen, der von der Beschränkung des § 49 Abs.II HGB befreit ist. Zum anderen sind sie nicht gehindert, dem TV möglichst viele Mitgliedschaftsrechte, also auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, einzuräumen[1] und sich ihm gegenüber in einer den §§ 117, 127 HGB entsprechenden Weise zu binden. Die Stellung des TV ist also weitgehend eine Frage des Einzelfalls. Soll sie umfassend sein, macht es nach den Interessen der Gesellschafter materiell keinen Unterschied, ob die Ausübung dieser Befugnisse durch den TV organschaftlich genannt wird oder nicht, denn das ändert nichts an dem realen Umfang seiner Verpflichtungsmacht[2].
Zu diesem Ergebnis kommt praktisch auch die Meinung, die die Organschaft für unvertretbar hält. Verneint man eine organschaftliche Tätigkeit des TV trotz der Zulassung durch die Gesellschafter, so läuft das lediglich darauf hinaus, daß in der Zulassung stattdessen eine umfassende Bevollmächtigung des TV erblickt wird[3]. Ob der Fremdverwalter aber als bevollmächtigter Dritter oder als zugelassener TV Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ausübt, ist unwesentlich, wenn er diese Rechte nur überhaupt wahrnimmt.

Auch aus der Stellung des einzelnen Erbengesellschafters läßt sich nicht begründen, daß eine "Unvertretbarkeit" der Organschaft die Fremdverwaltung verbiete. Dem Erben

---

1) BGHZ JZ 60, 490 (Hueck); BGHZ 36, 292 (294)
2) vgl. auch Teichmann S. 120, 121
3) vgl. Richardi S. 24; Fischer § 105 Anm. 28 d.

kann auch sonst Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht entzogen werden, wenn es der Gesellschaftsvertrag bestimmt. (§§ 114 Abs. II, 125 Abs. I HGB). In diesem Fall wird der Erbe von der eigenverantwortlichen Geschäftsführung genauso ferngehalten und durch eine andere Person, nämlich den oder die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, ersetzt wie bei der Fremdverwaltung. Im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des Erben besteht also zumindest dann kein Unterschied, wenn ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter zum TV bestellt wird[1]. Es ist daher nicht überzeugend, eine unterschiedliche rechtliche Bewertung beider Fälle aus dem Begriff der Organschaft abzuleiten; sie ist aus der für den Erbengesellschafter gegebenen Interessenlage nicht ersichtlich[2].

Schließlich erfordert auch nicht ein schutzwürdiges Interesse Dritter die "Unvertretbarkeit" der Organschaft. Die Fremdverwaltung wirkt sich auf die Geschäftsführung der Gesellschaft aus. Im Hinblick auf diese Geschäftsführung kommt es für den Rechtsverkehr darauf an, daß die Gefahr ausgeschlossen ist, mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht ein Geschäft abzuschließen.

---

1) s. schon oben das auf S. 25 f angeführte Beispiel

2) Ob die Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht durch den Fremdverwalter im Zusammenhang mit weiteren Einschränkungen des Erben zu einer unzumutbaren Bindung des Erbengesellschafters führen kann, wird noch zu untersuchen sein, s.u.S.43. Hier geht es nur darum festzustellen, daß es keine allgemeinen, weder gesamtgesellschaftlichen noch mitgliedschaftlichen Grundsätze gibt, die eine TV verbieten.

Dieses Interesse erkennt das HGB als schutzwürdig an und trägt ihm in einer Reihe von Bestimmungen Rechnung (vgl. die §§ 49, 50, 54, 55, 126 HGB). Eine solche Gefahr besteht aber auch bei der Fremdverwaltung nicht.

Wenn der TV die Mitgliedschaftsrechte des Erben wahrnimmt, ist der Erbe nach den Vorschriften des Erbrechts daran gehindert, die Gesellschaft zu vertreten; dazu ist vielmehr der TV befugt (§§ 2205 BGB, 125 Abs. I HGB). Nach § 126 Abs. II HGB ist die Beschränkung des Erbengesellschafters durch die TV Dritten gegenüber aber wirkungslos. Das hat zur Folge, daß dem Erben mit Wirkung gegenüber dem TV und den anderen Gesellschaftern zwar die Vertretungsmacht entzogen ist, tritt er aber trotzdem als Vertreter der Gesellschaft auf, ist das Geschäft für die OHG wirksam. Wollen die Gesellschafter diese doppelte Zuständigkeit des TV und des Erben verhindern, müssen sie den Erben für die Dauer der TV von der Vertretung ausschließen und diesen Ausschluß im Handelsregister eintragen lassen. Damit ist dem Interesse des Rechtsverkehrs auch in diesem Fall ausreichend Genüge getan (§ 15 HGB).

Insgesamt ergibt sich, daß auch der sogenannte Grundsatz von der "Unvertretbarkeit" der Organschaft zur Lösung des Problems der Fremdverwaltung nicht beitragen kann.

Abschließend läßt sich zusammenfassen, daß die Fremdverwaltung dem Gesellschaftsrecht nicht widerspricht. Soweit die Begründung auf die Gesamtheit der Gesellschafter abstellt, wird die Vertragsfreiheit der Gesellschafter nicht genügend berücksichtigt. Soweit

die Stellung des einzelnen Gesellschafters und daraus folgende mitgliedschaftliche Grundsätze vorgebracht werden, handelt es sich um eine Scheinbegründung, da nicht auf die Interessenlage eingegangen wird.

2. Zulassung der TV durch die Gesellschafter

Unterstellt, daß die TV nach Gesellschaftsrecht zulässig ist, kann der TV gleichwohl nicht aufgrund der Anordnung des Erblassers allein die Mitgliedschaftsrechte des Erben in der OHG wahrnehmen. Das widerspräche dem Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander, die nicht hinzunehmen brauchen, daß ein Dritter, ohne von ihnen dazu autorisiert zu sein, in ihrem Kreise die Rechte eines Gesellschafters ausübt, also etwa die Geschäftspapiere einsieht, bei den Beschlüssen der Gesellschaft ein Stimmrecht hat und die Gesellschaft nach außen vertritt.
Der Erblasser kann daher den TV nicht aufdrängen. Vielmehr muß neben der testamentarischen Einsetzung stets eine Zulassung durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluß gegeben sein[1].

Wann in einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung eine solche Zulassung zu sehen ist, kann im Einzelfall auf Schwierigkeiten stoßen. Keine Probleme ergeben sich zunächst, wenn die Zulassung ausdrücklich erfolgt. Streitig ist dagegen, ob auch schon bei einer Vererblichkeitsklausel ein Einverständnis der Gesell-

1) RGZ 172, 199 (205); Westermann Rz 321, 505; Fischer § 105 Anm. 28 c; Hueck OHG S. 304 Anm.49; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 a; Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 66; Kipp-Coing § 68 III 2 b; Lange § 29 V 7; v. Godin S. 118; Haegele BWNotZ 1968, 94

schafter mit der Fremdverwaltung angenommen werden kann. Entscheidend ist hier die Auslegung. Eine Zulassung liegt dann nicht vor, wenn in der Vererblichkeitsklausel nur die Nachfolge bestimmter Personen vorgesehen ist. Hier legen die Gesellschafter offensichtlich besonderen Wert auf die Person des Neueintretenden[1].
Handelt es sich dagegen um eine allgemeine Vererblichkeitsklausel, so kommt es auf den Einzelfall an. Grundsätzlich wird man darin aber keine stillschweigende Zulassung der TV erblicken können[2]. Denn mag den Gesellschaftern in diesem Fall auch die Persönlichkeit des neuen Mitglieds gleichgültig sein, so bedeutet dies doch regelmäßig nicht, daß sie sich damit konkludent einverstanden erklären, einem Nichtmitglied die gleichen Rechte wie einem Mitglied einzuräumen[3].

Fehlt dagegen die gesellschaftsvertragliche Zulassung überhaupt, so kann der TV die Mitgliedschaft des Erben nur dann verwalten, wenn sich die Gesellschafter durch Beschluß damit einverstanden erklären. Grundsätzlich ist für diesen Beschluß Einstimmigkeit erforderlich (§ 119 Abs. I HGB). Es reicht jedoch auch ein Mehrheitsbeschluß , wenn im Gesellschaftsvertrag für diesen Fall die Entscheidung der Mehrheit vorgesehen ist (§119 Abs. II HGB)[4]. Diese Bestimmung im Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter z. B. dann aufnehmen, wenn sie sich nicht

---

1) allgemeine Meinung, vgl. Fischer § 105 Anm. 28 c
2) aA: Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 66; Fischer § 105 Anm. 28 c; Lange § 29 V 7 c; v. Godin S. 118; Holch DNotZ 58, 282 (299)
3) so auch Hueck OHG S. 304 Anm. 49; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 a; Siebert FS 327; Richardi S.21; für die stille Gesellschaft: BGHZ WM 62, 1084 (1095)
4) A.A. Wiedemann S. 335

von vornherein auf die Zulassung eines TV festlegen und in ihrer Entscheidung freibleiben wollen. Bedenken gegen die Zulässigkeit eines derartigen Mehrheitsbeschlusses bestehen nicht. Das Prinzip der Einstimmigkeit besteht im Interesse jedes einzelnen Gesellschafters. Es steht ihm daher frei, im Gesellschaftsvertrag auf die Einstimmigkeit für im voraus bestimmte Einzelfälle zu verzichten, sofern er damit nicht unzumutbare Verpflichtungen eingeht. Eine solche liegt in der Hinnahme der Verwaltung eines TV nicht.

II. Das Problem der Haftung

Neben den gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten führt die h. M. die Unvereinbarkeit gesellschaftsrechtlicher und erbrechtlicher Haftung an und begründet daraus die Unzulässigkeit der gesetzlichen TV über die Mitgliedschaft des Erben[1].

Die gesetzlichen Grundlagen sind hier einmal die erbrechtlichen Haftungsbestimmungen, zum anderen die §§ 105, 128, 139 HGB. Wie angeführt, stellen die vom TV in der Verwaltung des Nachlasses und damit auch der Mitgliedschaft eingegangenen Verpflichtungen Nachlaßverbindlichkeiten dar. Infolgedessen hat der Erbe die Möglichkeit, seine Haftung dafür auf den Nachlaß zu beschränken[2]. Er kann dies dadurch erreichen, daß er die Einleitung des Nachlaßkonkurses, der Nachlaßverwaltung (§§ 1975, 1981 Abs. I BGB) oder des Nachlaßvergleichsverfahrens (§ 113 Abs. I Nr. 4 VergIO) beantragt. Werden wegen mangelnder Masse Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs nicht angeordnet, hat der Erbe gem. §§ 1990, 1991, 1992 BGB die Er-

1) zur Literatur s.o.S. 16 Anm.1)
2) zur Literatur s.o.S. 14 Anm.2)

schöpfungseinrede. Es steht ihm danach also frei, ob er für die Verpflichtungen des TV, einschließlich derer, die dieser während seiner Tätigkeit in der OHG begründet, mit seinem persönlichen Vermögen einstehen will.
Auf der anderen Seite haftet der Erbe aber als OHG-Gesellschafter nach § 128 HGB unbeschränkbar und persönlich für die Schulden der Gesellschaft.
An dieser unterschiedlichen Haftung scheitert die gesetzliche TV jedoch nur dann, wenn beide Haftungsregelungen einander immer und zwingend ausschließen. Ob das der Fall ist, soll im folgenden untersucht werden.

1. Die beschränkbare Haftung des Erben für die Verpflichtungen des TV und seine Stellung als OHG-Gesellschafter

Eine Möglichkeit, das Problem der Haftung zu lösen, besteht darin, daß man die erbrechtlich beschränkbare Haftung des Erben-Gesellschafters im Fall der Verwaltung seiner Mitgliedschaft durch einen TV anerkennt.

Nach der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelung ist eine solche Lösung jedoch nicht durchführbar. Das Gesetz schreibt jedem OHG-Gesellschafter die unbeschränkbare und persönliche Haftung für alle Schulden der OHG vor (§ 128 HGB). Von diesem Grundsatz läßt es nur eine einzige Ausnahme zu, nämlich dann, wenn der in die Gesellschaft nachrückende Erbe eines Gesellschafters noch die Wahl hat, ob er OHG-Gesellschafter bleiben oder Kommanditist werden will (§ 139 IV HGB) Diese Haftungsregelung ist im folgenden näher nachzuweisen.
Dafür daß jeder Gesellschafter stets unbeschränkt und persönlich für die Schulden der Gesellschaft haften soll, spricht zunächst schon der Wortlaut der §§ 105, 128 HGB, wonach die Haftung für alle Gesellschafter ohne Ein-

schränkung angeordnet ist. Weiterhin ergibt sich aus dem Zusammenhang von § 105 HGB mit § 128 HGB, daß die Haftung eine notwendige Folge der OHG-Form der Gesellschaft ist[1]. Der Gesetzgeber sieht mit der Formulierung "... wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist" in der Haftung ein wesentliches Begriffsmerkmal der OHG. In § 128 S. 2 HGB erklärt er einen unter den Gesellschaftern vereinbarten Haftungsausschluß für unwirksam. Daraus folgt, daß die Gesellschafter nach dem Willen des Gesetzgebers immer unbeschränkt haften, wenn sie ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und keine Kommanditgesellschaft oder Kapitalgesellschaft gegründet haben[2].

Die unbeschränkte und persönliche Haftung ergibt sich darüber hinaus vor allem daraus, daß § 128 HGB die zentrale Schutzvorschrift zugunsten der Gesellschaftsgläubiger darstellt, da ihnen allein § 128 HGB eine Haftungsgrundlage sichert. Denn den OHG-Gesellschaftern ist weder eine bestimmte Haftungseinlage vorgeschrieben noch ist ihre Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Die Bildung und Erhaltung eines Gesellschaftsvermögens ist gesetzlich nicht gewährleistet, die Gesellschafter können sogar überhaupt auf die Bildung eines Gesamthandsvermögens verzichten. Ohne die Regelung des § 128 HGB wären die Gesellschaftsgläubiger also weitgehend schutzlos.

---

1) Westermann Rz 354

2) allgem. Meinung vgl. Westermann Rz 57, 354

Die gesetzgeberische Wertung, die im Gläubigerschutz das entscheidende Kriterium der Haftungsregelung bei der OHG sieht, zeigt sich schließlich deutlich auch in § 130 HGB. Aus dieser Vorschrift kann man ebenfalls herleiten, daß das Gesetz immer dann, wenn jemand Mitglied einer OHG wird, zum Schutz der Gläubiger eine unbeschränkte Haftung will. Denn nach § 130 HGB haftet jeder neu eintretende Gesellschafter unbeschränkt, unabhängig davon, ob die Schulden der Gesellschaft vor oder nach seinem Eintritt entstanden sind. Das gilt auch dann, wenn ein Gesellschaftsanteil übertragen und ein bisheriger Gesellschafter durch den Neueintretenden ersetzt wird. In diesem Fall tritt sogar eine "Doppelhaftung" ein, da auch der ausscheidende Gesellschafter für die Altschulden weiterhaftet (§ 159 HGB). Zieht man überdies zum Vergleich die handelsrechtliche Regelung des Falls heran, in dem ein Handelsgeschäft von einem neuen Inhaber weitergeführt wird, so wird die Wertung des Gesellschaftsrechts noch besonders deutlich. Denn nach Handelsrecht ist dem neuen Inhaber des Unternehmens die Möglichkeit gegeben, seine Haftung für die Altschulden dadurch zu beschränken, daß er die bisherige Firma nicht fortführt oder die Haftungsbeschränkung bekanntmacht (§ 25 HGB). Das Gesellschaftsrecht aber übernimmt diese Regelung gerade nicht, sondern schließt sie aus. Das Gesetz zeigt damit, daß es die unbeschränkbare Haftung der OHG-Gesellschafter im Interesse der Gläubiger für notwendig hält.

Soweit sich nach der bisherigen Untersuchung ergeben hat, daß für die Haftungsregelung bei der OHG allein der Gläubigerschutz maßgeblich ist, hat der Gesetzgeber andererseits jedoch auch die besondere Situation des Erben bei Eintritt in eine OHG gewürdigt. Dem Erben wird durch § 139 IV HGB befristet die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zugestanden, um ihm die Nachfolge in die OHG

zu erleichtern.
Wenn der Erbe durch Erbfall in die Gesellschaft einrückt, würden ihn neben der Haftung auch alle anderen mit der Mitgliedschaft verbundenen Pflichten treffen. Wollte sich der Erbe diesen Belastungen und namentlich der aus der unbeschränkten Haftung folgenden Gefahr für sein Vermögen nicht aussetzen, bliebe ihm nur die Möglichkeit, die gesamte Erbschaft auszuschlagen. Angesichts dieser Alternative räumt ihm das Gesetz eine zusätzliche Entscheidungsbefugnis ein. Der Erbe kann wählen, ob er die Stellung eines OHG-Gesellschafters beibehalten oder Kommanditist werden will (§ 139 Abs. I HGB). Für diese Entscheidung steht ihm eine Überlegungsfrist von mindestens drei Monaten zur Verfügung (§ 139 Abs.III HGB). Während der Wahlzeit hat der Erbe eine Sonderstellung, die ihn von den anderen Gesellschaftern unterscheidet. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich der Erbe entschieden oder die ihm eingeräumte Frist versäumt hat, sieht ihn das Gesetz zu seinem Schutz lediglich als Erben an, der die Mitgliedschaft wie jeden anderen vom Erblasser herrührenden Nachlaßbestandteil übernimmt, ohne sich zugleich mit seinem persönlichen Vermögen zu verpflichten (§ 139 IV HGB). Diese provisorische, rein erbrechtliche Beziehung des Nachfolgers zur Mitgliedschaft äußert sich einmal darin, daß ihm während dieser Zeit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis überhaupt nicht und das Stimmrecht nur für Beschlüsse zusteht, die die Grundlagen der Gesellschaft verändern[1] . Zum anderen gilt für den Erben eine abgewandelte Haftungsregelung. Während der Wahlzeit haftet der Erbe nicht nur für die alten, vor seinem Eintritt begründeten Schulden beschränkbar , sondern ebenfalls für die nach seinem Eintritt aber vor Ausübung des Wahlrechts entstandenen Verbindlichkeiten der

---

1) str., vgl. im einzelnen v. Gierke FS S. 115

Gesellschaft[1]. Er kann also jeden Gläubiger, der ihn vor seiner Entscheidung wegen einer bis dahin entstandenen Verpflichtung der Gesellschaft in Anspruch nehmen will, nach den Vorschriften des Erbrechts am Zugriff auf das eigene Vermögen hindern und ihn auf den Nachlaß verweisen[2]. Hat sich der Erbe dann aber für die Fortsetzung als OHG-Gesellschafter entschieden oder ist die Frist abgelaufen, so haftet er wie jeder Gesellschafter unbeschränkt und persönlich. Das zeigt deutlich der Wortlaut des Gesetzes. Wenn in § 139 Abs. IV HGB für die Wahlzeit ausdrücklich von der erbrechtlichen - d.h. also in diesem Zusammenhang der beschränkbaren - Haftung des Erben die Rede ist, so geht das Gesetz für die nach Fortsetzung folgende, übrige Zeit offensichtlich von der üblichen unbeschränkten Haftung aus. Wegen des Risikos der unbeschränkten Haftung wird dem Erben die Überlegungsfrist gerade eingeräumt.

Hinter dieser Regelung steht die Wertung des Gesetzgebers, daß die Wahl des Erben, entweder als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers sofort unbeschränkt und persönlich für alle Schulden der Gesellschaft einstehen zu müssen oder die Erbschaft überhaupt auszuschlagen, für ihn eine unbillige Härte bedeutet. Der Gesetzgeber sieht ihn daher als schutzwürdig an und billigt ihm ausnahmsweise eine "Schonfrist" zu.

---

1) Hueck OHG s. 299; Westermann Rz 492; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 27; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 31; Weipert § 139 Anm. 53; Brox. Rdnr. 792; Riesenfeld Bd. I S. 118

2) vgl. im einzelnen Wiedemann S. 224 m.w.N.

Zur Haftungsregelung läßt sich damit zusammenfassen: Das Gesetz stellt den Schutz der Gesellschaftsgläubiger in den Vordergrund und schreibt daher vor, daß jeder, der Mitglied einer OHG ist, unbeschränkt und persönlich haftet. Hinsichtlich der Haftung des Erben läßt es nur im Falle des § 139 Abs. IV HGB eine Ausnahme gelten. Im übrigen aber ist eine beschränkbare Haftung eines Gesellschafters ausgeschlossen. Damit ist eine abschließende Haftungsregelung getroffen. Infolgedessen bleibt auch kein Raum, daß der Erbe für die im Rahmen der OHG begründeten Verpflichtungen des TV nur beschränkbar haftet.

Diese Lösungsmöglichkeit scheidet daher aus.

2. Die unbeschränkte Haftung des Erben für die Verpflichtungen des TV

Danach bleibt nur der andere Weg: Der Erbe haftet als OHG-Gesellschafter auch bei bestehender TV unbeschränkbar für die Schulden der OHG.
Die h. M. lehnt diese Lösungsmöglichkeit mit der Begründung ab, der TV sei gem. § 2205 BGB zwingend auf die Verwaltung des Nachlasses beschränkt und könne daher den Erben nicht unbeschränkbar persönlich verpflichten[1]. Diese Begründung allein kann jedoch nicht überzeugen. Sie berücksichtigt nicht genügend, daß die Haftungsform des Erben nicht nur davon abhängt, wie weit die Verpflichtungsmacht des TV reicht, sondern auch davon, wie der

---

1) BGHZ 12, 100, 6102); 24, 106 (113); BGM WM 66,188(189); 69, 492 (493); RGZ 132, 138 (144); 170, 392 (394); KG DNotZ 55, 418 (422); NJW 59, 1086, 1087; Fischer § 105 Anm. 28 c; Hueck OHG S. 304; Westermann Rz 506; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14; Wiedemann S. 322; Richardi S. 26 ff; Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 56 ff; Holch DNotZ 58, 290

Erbe selbst haften will.
Hinsichtlich der Verpflichtungsmacht des TV ist es zutreffend, daß die Regelung der §§ 2205, 2206 BGB zwingend ist und der TV als Verwalter des Nachlasses nur Nachlaßverbindlichkeiten eingeht. Denn wie ausgeführt[1], hat der Gesetzgeber durch die Regelung der §§ 2205, 2206, 2211, 2214 BGB einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Erblasser/TV einerseits und Erbe andererseits geschaffen, indem aus dem Nachlaß ein Sondervermögen gebildet wird, das allein der Verwaltung des TV zugeordnet ist, während im übrigen dem Erben wie bisher die Verwaltung seines persönlichen Vermögens verbleibt. Infolgedessen ist es ausgeschlossen, daß der TV nunmehr auch über das persönliche Vermögen des Erben sollte bestimmen können. Vielmehr rechtfertigt sich seine außerordentlich weitgehende und unabhängige Rechtsstellung dem Erben gegenüber allein dadurch, daß sie sich auf einen ursprünglich fremden Vermögensbereich bezieht, auf den der Erbe auch vorher keinen Einfluß hatte[2].
Mit dieser Feststellung, daß die Verpflichtungsmacht des TV zwingend auf den Nachlaß beschränkt ist, ist jedoch entgegen der h. M. die Frage nach der beschränkten oder unbeschränkten Haftung des Erben noch nicht abschließend beantwortet. Denn ob der Erbe für die Verpflichtungen des TV wie für alle anderen Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkbar haftet oder nicht, richtet sich unabhängig von § 2206 BGB danach, für welche Haftungsform sich der Erbe

---

1) s. o. S. 14

2) RGZ Warn 15 Nr. 292; BGHZ 25, 275 = JZ 58, 167 (Coing)= NJW 62, 1718 = BB 62, 856; KG JW 37, 2599 (2600); Mot.V S. 234; Prot.V S. 307; Planck-Flad § 2205 Anm. 19; § 2208 Anm. 6; § 2203 Anm. 7; RGRK-Oegg § 2208 Anm.4; Kipp-Coing § 69 II 4; Barz NJW 47/48, 44; Wiedemann S. 364; Richardi S. 51; Donner DNotZ 44, 143 (150) aA: Weiler DNotZ 52, 294;

selbst entscheidet.
Stellt man auf die erbrechtliche Regelung ab, so kann der Erbe z. B. überhaupt auf die beschränkbare Erbenhaftung verzichten oder die Inventarfrist verstreichen lassen (§ 1994 Abs.I S.2 BGB) oder eine Inventaruntreue begehen (§ 2205 BGB) und damit die unbeschränkte Haftung herbeiführen. Es wird aber nirgendwo vertreten, daß wegen der eingetretenen unbeschränkten Haftung zugleich auch die angeordnete TV unzulässig würde. Wäre es so, dann könnte sich jeder Erbe im Einzelfall leicht der TV entziehen. Die unbeschränkte und persönliche Haftung des Erben und die Verwaltung des Nachlasses durch einen TV können also nach Erbrecht durchaus nebeneinander bestehen. Wenn aber ein Nebeneinander von unbeschränkter Haftung und TV möglich ist, so ist nicht einzusehen, warum - wie es die h. M. will - nun gerade im Gesellschaftsrecht die unbeschränkte Haftung des Erben aus haftungsrechtlichen Gründen zwangsläufig die Unzulässigkeit der TV bedeuten soll[1].
Gesellschaftsrechtlich gesehen, ist nur die Methode der Haftungsbeschränkung des Erben anders. Das Gesetz stellt es durch den § 139 HGB dem Erben frei, Kommanditist zu werden oder die Stellung eines OHG-Gesellschafters beizubehalten. Wird der Erbe Kommanditist, haftet er nur beschränkt in Höhe der vorgeschriebenen Einlage[2].

---

1) vgl. in dieser Richtung Weiler DNotZ 52, 295; Einmahl AcP 160, 29 (37); Schultze Diss.S.51 ff; Düttmann Diss. S. 136; Emmerich ZHR 132, 304 ff
2) Es sei klargestellt, daß diese Form der Haftungsbeschränkung für den Erben nicht in jedem Fall genau die gleiche Bedeutung hat wie die erbrechtliche Haftungsbeschränkung; denn auch als Kommanditist kann der Erbe im Einzelfall mit seinem persönlichen Vermögen haften müssen, nämlich dann, wenn die festgesetzte Einlage vom Erblasser nicht geleistet, von ihm zurückgekommen oder nach Erbfall erhöht worden ist (§ 171 Abs.I HGB), und der Nachlaß zur Leistung dieser Einlage nicht ausreicht.

Entscheidet sich der Erbe aber für die OHG[1], verzichtet er damit zugleich automatisch auch auf die Möglichkeit erbrechtlicher Haftungsbeschränkung. Denn gesellschaftsrechtlich unbeschränkte und erbrechtlich beschränkbare Haftung sind miteinander nicht vereinbar[2]. Im Ergebnis bestimmt der Erbe also über die Frage seiner beschränkten Haftung in entsprechender Weise wie es sonst im Erbrecht geschieht. Denn nach der Entscheidung für die OHG steht der Erbe im Hinblick auf die Frage der unbeschränkten Haftung nicht anders da, als es sonst der Fall ist, wenn er z. B. auf die beschränkbare Erbenhaftung verzichtet oder die Inventarfrist verstreichen läßt. Da die unbeschränkte Haftung aber keineswegs per se die Unzulässigkeit der TV bewirkt, ist es entgegen der h. M. also durchaus möglich, daß der Erbe nach der Ausübung des Wahlrechts den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet, seine Mitgliedschaft aber weiterhin der TV unterliegt.
Soweit damit ein begründeter haftungsrechtlicher Einwand gegen die gesetzliche TV nicht besteht, stellt sich jedoch ein weiteres Problem. Es fragt sich nämlich, ob der Erbe nicht gerade wegen der unbeschränkten Haftung für alle Schulden der Gesellschaft in eine unzumutbare Abhängigkeit zum TV gerät, weil er während der Zeit der TV trotz dieser Haftung keinerlei Einfluß auf die Geschäfte der Gesellschaft besitzt. Das entscheidende Problem liegt also im Abhängigkeitsverhältnis des Erben zum TV.
Bevor diese Frage näher untersucht wird, soll jedoch zuvor noch auf den unproblematischen Fall der TV während der Übergangszeit nach § 139 HGB eingegangen werden.

---

1) von diesem Fall wird in der vorliegenden Arbeit ausgegangen.

2) Emmerich ZHR 132, 309

III. Die TV während der Übergangszeit nach § 139 HGB

Im Hinblick auf die Stellung des TV während der Wahlzeit nach § 139 Abs. III HGB ergeben sich auch vom Standpunkt der h. M. aus keine besonderen Probleme. Wie ausgeführt, übernimmt der Nachfolger die Mitgliedschaft vorläufig nur als Erbe. Er ist für diese Zeit vor jeder persönlichen Inanspruchnahme für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sicher. Infolgedessen bestehen unter der Voraussetzung, daß die anderen Gesellschafter einverstanden sind, keine Bedenken dagegen, daß der TV diese vorläufige Gesellschafterstellung wie jeden anderen Nachlaßbestandteil verwaltet, bis der Erbe durch die eigene Entscheidung in vollem Umfang Gesellschafter geworden ist.

Damit ergibt sich, daß die TV nur in dem insoweit relativ unbedeutenden Fall des § 139 Abs. III HGB ohne weiteres durchgeführt werden kann. Im übrigen könnte die gesetzliche TV über die Mitgliedschaft jedoch zu einer unzulässigen Bindung des Erben führen. Dieser Frage gilt die folgende Untersuchung

Drittes Kapitel

Die gesetzliche TV über die Mitgliedschaft als unzulässige Bindung des Erben (§ 138 BGB)

Es hat sich gezeigt, daß die gesetzliche TV über die Mitgliedschaft nicht gegen "Grundsätze" des Gesellschaftsrechts verstößt. Auch scheitert sie nicht an einer angeblichen Unvereinbarkeit der erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelung. Denn der Erbe haftet,

wenn er sich für die Fortsetzung der OHG entschieden hat, auch bei bestehender TV unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft. Es stellt sich damit jedoch die weitere Frage, ob der Erbe nicht gerade wegen dieser Haftung eine unzumutbare und damit sittenwidrige (§ 138 BGB) Bindung auf sich nimmt. Denn mit dem Verlust der Möglichkeit, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, verliert der Erbe zugleich auch den entscheidenden Schutz gegenüber den Maßnahmen des TV. Das zeigt sich deutlich gerade bei der Verwaltung der OHG-Mitgliedschaft. Denn wenn auch die unbeschränkte Haftung des Erben nicht bedeutet, daß nunmehr auch der Verwaltungsbereich des TV über den Nachlaß hinaus auf das persönliche Vermögen des Erben ausgedehnt wird (§§ 2205, 2206 BGB)[1], so stellt dieser Umstand jedoch nur theoretisch eine Erleichterung für den Erben dar. Es ist praktisch undurchführbar, jede einzelne Maßnahme in der außerordentlich vielgestaltigen Geschäftstätigkeit des TV daraufhin zu untersuchen, ob sie "über den Nachlaß hinausreicht". Eine Vielzahl dieser möglichen Maßnahmen des TV ist wirtschaftlich nicht abzuschätzen, wie z.B. die Erteilung einer Prokura, die Eröffnung einer Filiale, die Beteiligung an anderen Unternehmen usw. Handelt es sich um Maßnahmen, deren wirtschaftlicher Umfang offenliegt, wie z. B. die Gewährung oder Inanspruchnahme eines Kredits, so zeigen sich auch deren weitere Auswirkungen erst in der Zukunft, so daß auch sie nicht genau vorhergesehen werden können. Unabhängig von diesen tatsächlichen Schwierigkeiten ist weiter darauf hinzuweisen, daß sich der Erbe auch dann, wenn einmal im Einzelfall eine Überschreitung der Verpflichtungsmacht des TV festzustellen wäre, den Gläubigern gegenüber nicht auf eine solche Überschreitung be-

---

1) s.o.S. 14 u. 40

rufen könnte, weil er als OHG-Gesellschaft stets unbeschränkt und persönlich haftet. Im Ergebnis kann sich daher die Beschränkung des TV für den Erben nicht auswirken und damit hat der Fremdverwalter bei der Verwaltung der Mitgliedschaft eben doch die Stellung eines unwiderruflich bestellten Generalbevollmächtigten[1], für dessen Maßnahmen der Erbe mit allem haftet, was er hat.

Bevor im folgenden dieBindung des Erben durch die TV auf ihre Vereinbarkeit mit § 138 BGB hin untersucht wird, ist noch auf einen Gesichtspunkt einzugehen, der in diesem Zusammenhang von Siebert vertreten wird[2]. Er ist der Auffassung, daß es außer dem Fall der gesetzlichen Vertretung keine persönliche Haftung ohne die dazugehörige persönliche Herrschaft gibt. Hiergegen könnte die Verwaltung der Mitgliedschaft durch den TV verstoßen.

Der Grundsatz "keine Haftung ohne Herrschaft" hat jedoch keine unmittelbare Rechtsgeltung. Er stellt lediglich eine allgemeine Formulierung dafür dar, daß eine zu weitgehende Fremdbestimmung über die Rechtsverhältnisse einer Person unzulässig ist. Wann aber die Bindung an fremde Entschlüsse das gesetzlich zulässige Maß überschreitet, kann nur durch Einzelbewertung festgestellt werden. So ist der "Grundsatz" gerade im Gesellschaftsrecht in der verschiedensten Weise durchbrochen, z. B.

---

1) vgl. auch Emmerich ZHR 132, 324
2) Siebert FS S. 334 f.; er vertritt diesen Standpunkt bei Untersuchung der Frage, ob der Erbe den TV zur Verwaltung der Mitgliedschaft unwiderruflich bevollmächtigen kann.
vgl. auch Müller- Erzbach AcP 154, 299 (341)

dann, wenn einem Gesellschafter die Geschäftsführung entzogen ist, er aber gleichwohl unbeschränkt haftet. Für eine Beurteilung ist es folglich notwendig, auf die der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung zugrundeliegende Wertung zurückzugreifen. Diese liegt im Schutz der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit der Person. Für das gegebene Problem ist es daher entscheidend, ob auch der Erbe durch die Fremdverwaltung übermäßig eingeschränkt ist. Die Kriterien dafür können allein aus § 138 BGB entnommen werden[1].

Die folgende Untersuchung der Frage,ob die Bindung des Erben durch den TV mit § 138 BGB zu vereinbaren ist, gliedert sich in zwei Abschnitte. Zunächst soll, ohne die besondere Stellung des neuen Gesellschafters als Erbe zu berücksichtigen und damit unabhängig von erbrechtlichen Gesichtspunkten, das Problem der sittenwidrigen Bindung eines Gesellschafters in der OHG allgemein erörtert werden. Anknüpfend an die oben getroffene Feststellung[2], daß der TV im Ergebnis die Mitgliedschaft des Erben wie ein unwiderruflich bestellter Generalbevollmächtigter verwaltet, soll im ersten Abschnitt geprüft werden, ob eine solche Fremdverwaltung - in der rechtlichen Form der Generalbevollmächtigung - unter Lebenden freiwillig begründet werden kann. Es wird also untersucht, ob ein beliebiger Gesellschafter sich unter Lebenden freiwillig

---

1) Erman FS Bd. 1 S. 277 (281); Westermann Rz 322; Hueck OHG S. 123, 129, ders. in Anm. zu BGHZ JZ 60, 490 (492); KG JW 37, 2599 (2600); Emmerich ZHR 132, 316;

2) s.o.S. 45

so binden kann, wie der Erbe durch die TV gebunden ist. Dazu bedarf es eines grundsätzlichen Eingehens auf das Prinzip der Vertragsfreiheit.
Von dem Ergebnis dieser Untersuchung hängt dann die weitere, hier entscheidende Frage ab, ob dem Erben eine solche Bindung durch den Erblasser auferlegt werden kann. Sollte sich nämlich ergeben, daß sich kein Gesellschafter unter Lebenden einer solchen Fremdverwaltung unterwerfen kann, so bestehen auch erhebliche Bedenken dagegen, daß der Erblasser die Bindung dem Erben gegenüber sollte anordnen können. Eine solche Anordnung könnte dann nur zulässig sein, wenn für die Stellung gerade des Erbengesellschafters zusätzlich besondere (erbrechtliche) Kriterien zu berücksichtigen sind, die für ihn die Bindung durch den TV erträglich und daher zumutbar gestalten. Ob das der Fall ist, wird im zweiten Abschnitt behandelt.

I. Die freiwillige Vereinbarung der Fremdverwaltung als Mißbrauch der Vertragsfreiheit

Die Begründung einer der gesetzlichen TV entsprechenden Fremdverwaltung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden setzt im einzelnen folgendes voraus: Der Gesellschafter erteilt dem Dritten Generalvollmacht, sämtliche Mitgliedschaftsrechte an seiner Stelle zu verwalten. Außerdem vereinbart

er mit dem Dritten, daß diese Vollmacht unwiderruflich ist (§ 168 Satz 2 BGB)[1]. Diese Bevollmächtigung hat im Unterschied zur TV allerdings keine Auswirkung

---

1) Welche rechtliche Wirkung die Vereinbarung der unwiderruflichen Vollmacht hat, ist streitig. Nach der einen Meinung kann der Vollmachtgeber nicht willkürlich widerrufen. Ein trotzdem vorgenommener Widerruf wäre wirkungslos, das Geschäft des Bevollmächtigten wirksam, OLG Königsberg 22, 157 (158), OLG Jena Seuff A 68 No. 145; OLG Frankfurt JW 33, 132; v. Tuhr FS 48; Flume § 53, 4; Müller-Freienfels S. 109.
Nach der anderen Meinung ist der Vollmachtgeber durch eine solche Vereinbarung lediglich schuldrechtlich am Widerruf der Vollmacht gehindert, er kann zwar widerrufen, er darf es aber nicht, Christopeit Diss.S.87; vgl. auch v. Tuhr FS S. 48 FNz.
Dieser Streit hat hier jedoch wenig Bedeutung, denn im letzten Fall würde sich aus der Vereinbarung ein Anspruch des Bevollmächtigten auf Neubestellung der Vollmacht ergeben, der nach § 894 ZPO vollstreckbar ist. Hinsichtlich inzwischen vorgenommener Geschäfte besteht ein Anspruch auf Genehmigung (§§ 177 BGB, 894 ZPO). Damit hat der Bevollmächtigte also in jedem Fall eine vom Gesellschafter unabhängige Stellung gewonnen.

auf die eigene Rechtszuständigkeit des Gesellschafters[1]. Er könnte daher die Mitgliedschaftsrechte neben dem Dritten ausüben. Um eine den § 2211, 2214 BGB entsprechende Bindung zu erreichen, muß sich der Gesellschafter daher weiterhin dem Dritten gegenüber verpflichten, eine konkurrierende Verwaltung der Rechte zu unterlassen. Hinsichtlich der weiteren Gestaltung des Innenverhältnisses müssen schließlich zwischen dem Gesellschafter und dem Dritten die Rechte und Pflichten vereinbart werden, die auch im Rechtsverhältnis zwischen Erbe und TV bestehen. Im Rahmen einer solchen Vereinbarung hat der Gesellschafter einmal das Recht auf Auskunft und Rechnungslegung (§§ 666, 259 BGB). Ferner ist der Dritte zu einer sorgfältigen Verwaltung verpflichtet und hat nach den §§ 249, 276 BGB dem Gesellschafter für schuldhafte Schädigungen einzustehen. Schließlich kann ihn der Gesellschafter entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 626, 723 BGB).

---

1) Inwieweit es möglich ist, eine dinglich wirkende "verdrängende" Vollmacht durch Rechtsgeschäft zu bestellen, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht. Im Unterschied zur widerruflichen oder unwiderruflichen Vollmacht soll hierbei praktisch eine Veräußerung der Verfügungsbefugnis stattfinden und jede Form der konkurrierenden Zuständigkeit des Inhabers der betreffenden Rechte erlöschen.
Abgesehen von der Frage, ob sich die verdrängende Vollmacht mit § 137 BGB verträgt - so Müller-Freienfels u. a. mit Hinweis auf das Sicherungseigentum, S. 124 ff. aA die h. M.: v. Tuhr FS S. 59 ff; Staudinger-Coing § 168 Anm. 12 b; Westermann Rz 508; Vogt Diss. S. 81 ff.m.w.N.-widerspricht eine verdrängende, die konkurrierende Zuständigkeit des Inhabers aufhebende Wirkung der Vollmacht dem geltenden Konkurs - und Zwangsvollstreckungsrecht,vgl.Mot.III S.77; Flume 2.Bd.§ 53 6 a.E.; Wiedemann S.284 f; Vogt S. 81 ff

Es fragt sich, ob mit Begründung einer solchen Fremdverwaltung der Fall einer nach § 138 BGB unzulässigen Selbstbindung gegeben ist. Um diese Frage zu klären, ist es zunächst notwendig, die Kriterien herauszustellen, nach denen sich die Beurteilung unzulässiger Bindungen im Rahmen von § 138 BGB richtet.

1. Die Kriterien unzulässiger Selbstbindung

§ 138 BGB erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig. Die Bestimmung begrenzt damit die Privatautonomie. Deren Mißbrauch soll vermieden werden. Die Festlegung des Begriffes der guten Sitten richtet sich einmal nach der herrschenden Moral. Daneben verbietet die Bestimmung jedoch nicht nur Rechtsgeschäfte, die gegen die außerrechtlichen Wertvorstellungen der herrschenden Moral verstoßen, sondern gewährleistet zugleich den Schutz der Grundwerte der Privatrechtsordnung.[1)]
Dazu gehört insbesondere das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Privatrechtsordnung überläßt es grundsätzlich dem Einzelnen, die eigenen Verhältnisse, soweit sie vertraglich geregelt werden können, selbst zu gestalten. Diese Rechtsmacht ist heute durch die Verfassung garantiert, die in Art. 2 Abs.I GG das Recht des Einzelnen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit schützt[2)].
Die Vertragsfreiheit ist auf einzelnen Rechtsgebieten z. T. erheblich eingeschränkt, so z. B. als Gestaltungsfreiheit insbesondere im Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, wo die Rechtsordnung nur be-

1) Larenz Jur Jhb 1966/67, 98 (111) m.w.N.
2) Laufke FS S. 143 (162) m.w.N.

stimmte Vertragstypen zur Verfügung stellt. Sie gilt jedoch als Gestaltungsfreiheit und - abgesehen von den Sonderfällen des Kontrahierungszwangs - als Abschlußfreiheit in weitem Umfang im Schuldrecht. Hinter diesem Prinzip steht die Wertung, daß jeder Mensch eine autonome Person ist, die bereit und auch dazu in der Lage ist, die eigenen rechtlichen Verhältnisse selbst zu bestimmen. Infolgedessen ist anerkannt, daß die Möglichkeit eigener Selbstbestimmung für jeden Einzelnen auch tatsächlich bestehen und erhalten bleiben muß. Jeder Vertrag enthält zwar eineBeschränkung der Freiheit, die zulässige Grenze ist jedoch dann überschritten, wenn sich eine Vertragspartei zugunsten der anderen Partei der eigenen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit begibt und sich dadurch selbst entmündigt[1]. Denn der Verzicht auf die Selbstbestimmung würde der Wertentscheidung des Gesetzes für die Autonomie der Person widersprechen. Das Verbot der Selbstentmündigung ist im Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 27 Abs. II formuliert: "Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken." Im deutschen Privatrecht fehlt eine ausdrückliche Bestimmung. Der Grundsatz liegt jedoch einigen Vorschriften zugrunde. So bestimmt z. B. § 13 KartG, daß Kartellverträge von jedem Beteiligten aus wichtigem Grund gekündigt werden können. Ein wichtiger Grund wird insbesondere darin gesehen, daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig eingeschränkt wird (Abs. I). Nach Abs. III wird ein Ausschluß dieses Kündigungsrechtes für nichtig erklärt. Damit ist gewährleistet, daß sich der Betroffene schützen kann, wenn die mit einer Kartellabsprache notwendig verbundenen Eingriffe in die wirtschaftliche Freiheit zu

---

1) vgl. Raiser FS S. 118; Larenz JurJhb66/67,111;FlumeFS S. 143

umfangreich sind und der Kernbereich eigener Selbstbestimmung bedroht ist. In anderer Hinsicht will das Gesetz Bindungen verhindern, deren allzu lange Dauer zu einer übermäßigen, in ihren Auswirkungen nicht zu übersehenden Beschränkung der Freiheit führt. So hat beispielsweise jeder Dienstverpflichtete, der ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit oder für länger als fünf Jahre eingeht, nach dem Ablauf von fünf Jahren ein außerordentliches, unentziehbares Kündigungsrecht (§ 624 BGB). In diesem Zusammenhang kann weiterhin auch auf § 310 BGB verwiesen werden, wonach der Gesetzgeber vermeiden will, daß jemand durch eine einzige Willenserklärung sein Vermögen auf lange Zeit in fremde Hände gibt.

Insgesamt ergibt sich, daß eine übermäßige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit einer Person zugunsten einer anderen von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird (§ 138 BGB). Dabei wirkt sich die mißbilligte Bindung regelmäßig in zweierlei Hinsicht aus: einmal stellt sie einen dem Umfang nach wesentlichen Eingriff in die wirtschaftliche oder persönliche Betätigungsfreiheit des Betroffenen dar; zum anderen erstreckt sie sich über einen im Verhältnis zu dem Umfang dieses Eingriffs zu langen Zeitraum[1]. Wird der Betroffene im Kernbereich der

---

1) Ähnlich der BGH in einer neueren Entscheidung zum Problem der Fremdverwaltung im Gesellschaftsrecht. BGHZ 44, 158 = MDR 65, 978 = NJW 65, 2147 = JZ 66, 101 (Wiedemann) = BB 65, 1122 = Betrieb 65, 1513 = WM 65, 1021 = LM Nr. 21 zu § 138 Bb) BGB (Fischer) vgl. insbesondere die Rechtssprechung des RG zur Knebelung; auf den Umfang des Eingriffs stellen ab: RGZ 27, 35 (36); 82, 308 (313); 128, 251 (257); 130, 143 (145); 143, 48 (51); 152, 251 (253); RGZ Warn 1912 Nr. 142; RGZ JW 10, 62; JW 12, 447; JW 35, 2553, 3217; JW 36, 569 (570); RGZ HRR 32 Nr. 931; HRR 38, 577 ebenso KG JFG 1, 318 (321); KGJ 47, 150 (153); OLG Jena Seuff A 68 Nr. 145; OLG München JFG 14, 428 (433); OLG Kiel OLGE 6, 37 (38); OLG Hamburg OLGE 24, 267; und auf die Dauer der Bindung: RGZ 67, 101 (102); 76,

Selbstbestimmung, sei es in der einen oder anderen Form, sei es in beiden zusammen, entscheidend beschränkt, kann man von einem Knebelungsvertrag sprechen. Darüberhinaus ist jedoch darauf hinzuweisen, daß sich die Einschränkung der Freiheit je nach dem Einzelfall ganz unterschiedlich darstellen kann. Die genannten Merkmale können deshalb nur dazu dienen, den komplexen Tatbestand einer Knebelung abzustecken und zu gliedern, um auf diese Weise den gesamten äußeren Umfang der gegebenen Abhängigkeit aufzuzeigen. Die endgültige Feststellung der Sittenwidrigkeit muß darüber hinaus der Wertung des Einzelfalls vorbehalten bleiben, dessen besondere Umstände die objektive Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit einmal als zulässig und einmal als unzulässig erscheinen lassen können[1].
Nach den aufgezeigten Kriterien soll auch im folgenden das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gesellschafter und Fremdverwalter bei einer unwiderruflichen Generalbevollmächtigung erörtert werden.

2. Umfang und Auswirkung der vereinbarten Fremdverwaltung

Das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gesellschafter und unwiderruflich Bevollmächtigtem bestimmt sich zunächst danach, welche einzelnen Mitgliedschaftsrechte der Verwaltung des Gesellschafters entzogen werden.

---

78 (80); RGZ JW 1906, 453 (454); JW 27, 119; JW 30, 3471; JW 35, 3217; JW 38, 2393 (2394); OLG München JFG 14, 428 (433); OLG Hmb OLGE 28, 32

1) RGZ 63, 390 (391); 152, 251 (253); 165, 1 (15); RGZ JW 27, 119; JW 35, 2553, 3217; JW 38, 2393 (2394); vgl. auch Bauer-Mengelberg S. 37, 66; RGRK-Krüger-Nieland § 138 Anm. 30; Emmerich ZHR 132, 320.

Wenn der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag in vollem Umfang Mitglied der Gesellschaft ist, so stehen ihm folgende Einzelrechte zu: Der Gesellschafter ist einmal Inhaber sämtlicher Verwaltungsrechte. In erster Linie sind dies das Stimmrecht, § 119 HGB, und das Recht auf Geschäftsführung, §§ 114 ff HGB, und Vertretung, §§ 125 ff HGB. Ferner gehören dazu das Recht auf Widerspruch, § 115 Abs. I HGB, das Informations- und Kontrollrecht, § 118 HGB, und ein Mitwirkungsrecht bei der Entziehung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, §§ 117, 127 HGB. Weiter ist zu erwähnen das Auflösungs- und Ausschließungsrecht, §§ 133, 140, 142 HGB, und das Recht des Gesellschafters, bei der Anmeldung zum Handelsregister, § 108 HGB, und bei der Abwicklung der Gesellschaft mitzuwirken, § 146 HGB. Außerdem muß der Gesellschafter die Firma zeichnen, § 29 HGB, und die Bilanz unterschreiben, § 41 HGB.

Neben diesen Verwaltungsrechten hat der Gesellschafter die Kapitalrechte, also den Gewinnanspruch, §§ 120, 121 HGB, das Entnahmerecht, § 122 HGB, und den Auseinandersetzungsanspruch, § 155 HGB. Als besonderes Recht ist schließlich das Kündigungsrecht des Gesellschafters zu nennen, §§ 132 HGB.
Diese Rechte fallen nun aufgrund der Bevollmächtigung sämtlich und ohne weitere Einflußnahme des Gesellschafters in die Verwaltungsbefugnis des Dritten[1].
Das hätte im Außenverhältnis zur Folge, daß der Dritte den Gesellschafter - auf dem Umweg über die Gesellschaft - jederzeit in jeder Höhe unbeschränkt und persönlich verpflichten kann (§§ 164 BGB, 128 HGB), ohne daß der

1) ausgenommen die öffentlich-rechtliche Pflicht, die Firma zu zeichnen und die Bilanz zu unterschreiben, Würdinger in Großkommentar zum HGB § 29 Anm. 2

Gesellschafter darauf Einfluß nehmen könnte. Mit Hilfe des Stimmrechts könnte der Dritte ohne Rücksicht auf den Willen des Gesellschafters selbst wichtigste und langfristig wirkende Entscheidungen mitbestimmen, wie z. B. die Inanspruchnahme von Krediten, Art und Umfang der Investionen, Beteiligung an anderen Unternehmen usw.; er selbst stände dabei außerhalb des Geschäftsrisikos. Der Dritte verfügte über den Gewinnanspruch und das Entnahmerecht. Er könnte ungehindert mit den anderen Gesellschaftern die Auflösung der Gesellschaft beschließen oder die Erhöhungen der Beiträge und die Schaffung neuer Gesellschafterpflichten vereinbaren. Letzteres würde auch dann gelten, wenn damit eine ungleiche Belastung zuungunsten des Gesellschafters verbunden wäre.
Neben dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit liegt in der umfassenden Bevollmächtigung des Dritten darüber ninaus regelmäßig ein wesentlicher Eingriff in den persönlichen Bereich des Gesellschafters. Denn die Ausschaltung des Gesellschafters von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft bedeutet für ihn zugleich die Entziehung einer Berufsmöglichkeit[1]. Der Gesellschafter kann auch nicht auf ein anderes gleichartiges Unternehmen ausweichen oder selbst in dem Handelszweig der Gesellschaft geschäftlich tätig sein, weil er an das gesetzliche Wettbewerbsverbot gebunden ist (§§ 112, 113 HGB). Denn das Wettbewerbsverbot gilt für ihn auch dann, wenn seine sämtlichen Mitgliedschaftsrechte von einem Dritten verwaltet werden, weil er jederzeit von seinem Bevollmächtigten Auskunft über den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft verlangen und durch eine auf die so erlangte Kenntnis der internen

---

1) vgl. auch BGHZ WM 67, 417; Schilling FS S. 215

Geschäftsgeheimnisse der Gesellschaft gestützte Konkurrenztätigkeit der Gesellschaft schaden könnte.
Die aufgezeigte Berufsmöglichkeit wird dem Gesellschafter allerdings dann nicht genommen, wenn mit der Mitgliedschaft weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht verbunden sind und auch das Stimmrecht lediglich auf die grundlegenden Beschlüsse oder die die eigenen Pflichten des Gesellschafters betreffenden Entscheidungen beschränkt ist. Im übrigen besteht aber auch hier eine volle wirtschaftliche Bindung an die Fremdverwaltung. Zwar hat der Dritte in diesem Fall keine Rechte im Außenverhältnis, ihm stehen jedoch sämtliche Rechte des Gesellschafters im Innenverhältnis zu. So übt er das Informations- und Kontrollrecht aus und verfügt über die Kapitalrechte. Darüber hinaus ist er über das Reststimmrecht gerade an den einschneidenden Entscheidungen der Gesellschaft beteiligt. Soweit also der Gesellschafter überhaupt Rechte hat, wird ihm deren Ausübung auch hier von dem Dritten vollständig entzogen.

Das spezifische Bild der Abhängigkeit des Gesellschafters wird neben dem Umfang, in dem dem Gesellschafter die Verwaltung seiner Mitgliedschaftsrechte entzogen ist, weiterhin wesentlich durch die lange Dauer der unwiderruflichen Bevollmächtigung bestimmt[1]. Denn das Verhältnis von Dauer und Belastung wirkt sich so aus, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit desto größer wird,

---

1) entsprechend der langen Dauer der Verwaltungsvollstreckung im Verhältnis Erbe-TV.

je länger die Verwaltung durch den Dritten dauert, weil sie zu immer mehr Verpflichtungen des Gesellschafters führt[1]. Gleichermaßen belastet den Gesellschafter der Entzug der eigenen Betätigungsfreiheit in der Gesellschaft entsprechend stärker. Darüber hinaus führt die Dauer der Bindung dazu, daß sich das aufgrund der persönlichen und unbeschränkten Haftung des Gesellschafters bestehende Risiko überhaupt nicht mehr kalkulieren läßt, weil die in Zukunft auf den Gesellschafter zukommenden Pflichten nicht abzusehen sind. Der mögliche Umfang der Verpflichtung durch den Dritten ist damit nicht mehr vorhersehbar, und infolgedessen wird die ohnehin bestehende Abhängigkeit des Gesellschafters noch erheblich intensiviert.

Gegenüber dieser weitreichenden Rechtsstellung des Dritten hat der Gesellschafter nur wenig Befugnisse[2]. Hinsichtlich des Entlassungsrechtes ist darauf hinzuweisen, daß der Gesellschafter die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt[3]. Dazu wird es ihm trotz der Möglichkeit, von dem Dritten Auskunft zu verlangen, nicht immer leicht fallen, einen detaillierten Überblick über dessen Geschäftsgebaren zu gewinnen[4]; stellt er trotzdem Unregelmäßigkeiten fest, kann er überdies in keiner Weise sicher sein, daß das Verhalten, das nach seiner Auffassung einen Widerruf begründet, die gleiche

---

1) Bauer-Mengelberg S. 61 ff.
2) s. o. S. 49
3) BGHZ 44, 158 (161)
4) BGHZ 44, 158 (161)

Beurteilung vor Gericht erfährt - ein Risiko, das angesichts der weitgehenden Kasuistik auf dem Gebiet des "wichtigen Grundes" nicht gering eingeschätzt werden darf[1].

Vor allem aber wird das Entlassungsrecht des Gesellschafters in seiner Wirksamkeit dadurch entwertet, daß es erst dann eingreift, wenn der Fremdverwalter - schuldhaft oder nicht - ordnungswidrig handelt. Erst wenn die Bindung zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung und damit regelmäßig zu einem Schaden geführt hat, kann sie der Gesellschafter lösen. Eine Konstruktion aber, die dem Gesellschafter ein Schutzrecht erst dann gewährt, wenn der Mißbrauch der Fremdverwaltung regelmäßig schon geschehen ist, ist gerade angesichts der so außerordentlich weitgehenden Rechtsmacht des Dritten äußerst fragwürdig[2].

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn besonders von der Rechtsprechung darauf verwiesen wird, daß ein Fremdverwalter seine Befugnisse ordnungsgemäß wahrnehmen müsse und dafür dem Gesellschafter einzustehen habe[3]. Der Gesellschafter kann sich mit einem Schadensersatzanspruch nur dann helfen, wenn dem Dritten ein Verschulden vorgeworfen werden kann. Daneben bleibt ein weiter Raum, in dem sich auch ein nicht schuldhaftes Verhalten des Dritten als Fehlplanung erweist und zu wirtschaftlichen Verlusten führt, für die der Gesellschafter dann einzustehen hat[4]. Das zeigt, daß die selbstverständliche Pflicht, Schädigungen des Gesellschafters zu unterlassen, nichts

---

1) vgl. RG LZ 1907, 432 (433)
2) vgl. RG HRR 32 Nr. 931; BGHZ 44, 158 (161); KG JW 37, 2599 (2600); s.a. Lange JuS 70, 103; anders Staudinger-Coing § 164 Anm. 12 a
3) RGZ 172, 199 (205); BGHZ 12, 100 (103)
4) vgl. RGZ 130, 131 (135 f); Emmerich ZHR 132, 323

über das Maß der Bindung selbst aussagt[1]. Für den objektiven Rahmen der Abhängigkeit kommt es vielmehr darauf an, in welchem Umfang dem Gesellschafter Rechte entzogen werden. Führt der Rechtsentzug zu einer weitgehenden Entmündigung des Gesellschafters, spielt es keine Rolle, wie diese Rechte möglicherweise wahrgenommen werden[2]. Insgesamt ergibt sich, daß durch die unwiderrufliche Bevollmächtigung ein außerordentlich weitgehender Eingriff in die wirtschaftliche und persönliche Betätigungsfreiheit des Gesellschafters erfolgt: er haftet jederzeit unbeschränkt und persönlich aus den Verpflichtungen des Dritten, ohne deren Art und Umfang in irgendeiner Weise beeinflussen oder auch nur vorhersehen zu können. Diese Abhängigkeit besteht überdies gegenüber einer ihm fremden Person, die an dem Geschäftsrisiko überhaupt nicht beteiligt ist, die er nicht frei entlassen kann und für einen Zeitraum, der sich über Jahre erstreckt oder überhaupt nicht abzusehen ist. Eine Verpflichtungsvollmacht solchen Ausmaßes bedeutet, daß der Gesellschafter den Maßnahmen des Dritten weitgehend ausgeliefert ist. Diese Selbstentmündigung auf einem sehr wesentlichen Teil des wirtschaftlichen und persönlichen Lebensbereiches des Gesellschafters muß aber als sittenwidrig angesehen werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Gesellschafter dem Dritten freiwillig Vollmacht erteilt. Wollte man für die Beurteilung dieser Verträge allein darauf abstellen, ob sie freiwillig oder unfreiwillig begründet werden, würde

---

1)KG JW 37, 2599 (2600)

2)RG LZ 1907, 432; RG Recht 1913 Nr. 1096; anders RGZ 152, 251 (254)

das Prinzip der Vertragsfreiheit ad absurdum geführt und damit zur inhaltslosen Formel. Die Vertragsfreiheit findet ihreFunktion aber gerade darin, die Möglichkeit zur privatautonomen Rechtssetzung zu gewährleisten, denn sie macht die Person im Rechtssinne aus[1]. Insoweit schützt § 138 BGB den Betroffenen auch gegen sich selbst[2]. Entscheidend kann infolgedessen allein der Inhalt der eingegangenen Bindung sein. Dieser bedeutet für den Gesellschafter aber eine Selbstentmündigung. Nach allem verstößt die unwiderrufliche Vollmacht daher gegen § 138 BGB.

Dieses Ergebnis ist in der vorangegangenen Untersuchung aus dem Umfang der Bindung selbst begründet worden. Im folgenden soll die aufgezeigte Abhängigkeit des Gesellschafters darüber hinaus anderen Einzelfällen wirtschaftlicher und persönlicher Selbstbindung eines einzelnen Gesellschafters gegenübergestellt werden. Denn bei diesem Vergleich wird sich ergeben, daß die Abhängigkeit des Gesellschafters bei einer solchen unwiderruflichen Vollmacht auch entscheidend über das Maß an Selbstbindung hinausgeht, das von der Rechtsprechung sonst in Einzelfällen als gerade noch für zulässig erachtet worden ist.

3. Einzelfälle zulässiger Selbstbindung eines Gesellschafters

a) Die Grenzen der Abhängigkeit des einzelnen Gesellschafters im Innenverhältnis

Es ist anerkannt, daß der einzelne Gesellschafter von

---

1) RGZ 27, 35 (36); OLG Kiel OLGE 6, 37 (38)

2) vgl. Larenz JurJhb 66/67, 120;
Emmerich ZHR 132, 323

der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen werden kann[1]. In diesem Fall verbleiben ihm aber die entsprechenden Informations- und Kontrollrechte (§ 118 Abs. II HGB). Sofern Streit darüber besteht, ob dem einzelnen Gesellschafter auch das Stimmrecht entzogen werden kann[2], herrscht jedenfalls insoweit Einigkeit, daß bei grundlegenden Beschlüssen, die etwa die Rechtsform, das Ziel der Gesellschaft, die Zahl der Mitglieder in der Gesellschaft betreffen oder aber eine Erhöhung der persönlichen Gesellschafterpflichten mit sich bringen, jeder Gesellschafter stimmberechtigt bleiben muß[3]; denn diese Entschließungen bedingen eine Änderung des Gesellschaftsvertrages und damit die jede Mitgliedschaft betreffende Ordnung und Zielsetzung des Zusammenschlusses. Selbst wenn auch für diese Beschlüsse laut Gesellschaftsvertrag Mehrheitsrecht[4] gilt, wird dieses Recht des einzelnen Gesellschafters nicht bedeutungslos, sondern er nimmt damit wie jeder andere Mitgesellschafter und in demselben Umfang[5] an der Willensbildung der Gesellschaft unmittelbar teil (§ 119 Abs. II HGB).

---

1) BGHZ 33, 105 (107); Hueck OHG S. 105 ff 217 ff m.w.N.
2) dafür Hueck OHG S. 123 Anm. 26; BGHZ 20, 363 (368) für die KG, dahingestellt für die OHG; aA: Heins NJW 47/48, 252 (253); Schlegelberger-Geßler § 119 Anm. 1
3) BGHZ 20, 363 (369); Hueck OHG S. 130; Westermann Rz 273
4) vgl. BGHZ 8, 35 (39); 20, 363 (368 ff)
5) es sei denn, einem Gesellschafter ist durch Gesellschaftsvertrag ein mehrfaches Stimmrecht eingeräumt, Hueck OHG S. 128; BGHZ 20, 363 (370).

Im übrigen gilt auch hier die Grenze des § 138 BGB zugunsten der Minderheit[1]. Unterliegt der einzelne Gesellschafter in der Abstimmung und will er sich der Mehrheit nicht beugen, so hat er ein unentziehbares Kündigungsrecht[2]. Handelt es sich dagegen um Beschlüsse, die eine ungleichmäßige Erhöhung der Gesellschafterpflichten zur Folge haben sollen, so kann noch nicht einmal Mehrheitsrecht gelten[3], andernfalls bestände die Gefahr einer unzumutbaren Majorisierung. Hier gebietet schon das unter den Gesellschaftern herrschende Treueverhältnis, daß jeder einzelne betroffene Gesellschafter einer solchen Regelung zustimmen muß[4].

Auf die gleichen Grundsätze stellt die h. M. ab, wenn ein Erbe Gesellschafter wird und eine Vertreterklausel besteht. Dabei handelt es sich um eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, wonach jeder nachfolgende Erbengesellschafter den Gesellschaftern gegenüber verpflichtet ist, seine Mitgliedschaftsrechte durch einen Vertreter ausüben zu lassen; der Erbengesellschafter übernimmt von Anfang an den mit dieser Verpflichtung belasteten

---

1) RGZ 151, 321 (327); 163, 385 (391); BGHZ 8, 35 (41); Hueck OHG S. 128; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm.7
2) RGZ 163, 385 (391); Hueck OHG S. 129; Westermann Rz 83; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 119 Anm. 3; zumeist ist im Gesellschaftsvertrag für diese Fälle eine Höchstgrenze der Verpflichtungen festgesetzt, vgl. RG aaO
3) vgl. BGHZ 20, 363 (369); 8,35; BGHZ WM 66, 707; BGHZ 47, 251 (254) = NJW 67, 2157 = MDR 67, 909 = BB 67, 1016; RGZ 163, 385 (391); Fischer § 119 Anm. 23; Westermann Rz 273
vgl. auch die Regelung in den §§ 35 BGB, 53 Abs. III GmbHG
4) Wiedemann S. 332.

Gesellschaftsanteil[1].

Die Wirkung der Vertreterklausel geht dahin, daß die anderen Gesellschafter grundsätzlich eine Vertretung des Erben verlangen können[2], dieses Verlangen aber nur so lange berechtigt, der Erbe demnach nur soweit verpflichtet ist, als die Gesellschafter damit nicht gegen die Treuepflicht verstoßen[3]. Für sie gilt daher eine ähnliche Einschränkung wie bei der oben beschriebenen Mehrheitsklausel[4], so daß der Erbe sein Selbstbestimmungsrecht gerade zu einem entscheidenden Teil behält. Eine weitergehende Bindung ist auch hier nicht zulässig.

Es ergibt sich also, daß dem einzelnen Gesellschafter hinsichtlich der wichtigsten oder ihn persönlich treffenden Entscheidungen unmittelbare Mitwirkungsrechte erhalten bleiben müssen, die u. U. von erheblicher Bedeutung sein können. Bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung wird dem Gesellschafter die Wahrnehmung dieser Rechte aber gerade entzogen, weil die Vollmacht vor allem

---

1) vgl. dazu Hueck ZHR 125, 1 ff (für die KG); Vits, Diss.; Pfeiffer, Diss.; Hurst DNotZ 67, 6 ff; BGHZ 46, 291 (für die KG) = NJW 67, 826 (m.abl. Anm. von Koll, S. 1908) = MDR 67, 286 = BB 67, 143 = LM Nr.20 § 161 HGB (Fischer)

2) solange der Vertreter nicht bestellt ist, ruht das Stimmrecht des Erben, vgl. BGHZ WM 67, 1099; Hueck ZHR 125, 15

3) Hueck ZHR 125, 11, 20; Westermann Rz 323; Vits,Diss. S. 30 ff; für ganz unzulässig halten dagegen die Vertreterklausel wegen zu starker Einschränkung des Erben: RGZ 2, 30 (32); Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 25; Weipert § 139 Anm. 25; dahingestellt für die OHG: BGHZ 46, 291 (297); BGHZ WM 67, 1099

4) s. o. S. 61 f

auch die wichtigen Entscheidung in der OHG mitumfassen soll.

b) Die Grenzen der Abhängigkeit des einzelnen Gesellschafters im Außenverhältnis

Ungeachtet dieses grundsätzlichen Mitspracherechtes kann dem einzelnen Gesellschafter jedoch die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Verpflichtungen der Gesellschaft im Außenverhältnis genommen werden[1]. Hier kann er der Entscheidung des einzelnen vertretungsberechtigten Gesellschafters ausgeliefert sein. Gleichwohl ist er nicht schutzlos. Die Tatsache, daß sich jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter immer in vollem Umfang mitverpflichtet, bietet für den abhängigen Gesellschafter praktisch die sicherste Gewähr.

Der Dritte aber steht außerhalb dieses solidarischen Haftungsverbandes. Nur wenn er eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung begeht, trifft ihn eine eigene Verpflichtung dem von ihm abhängigen Gesellschafter oder den anderen Gesellschaftern gegenüber. Dagegen besteht in dem unmittelbaren, eigenen wirtschaftlichen Interesse der beste Schutz: der vertretungsberechtigte Gesellschafter wird nicht nur darauf sehen, daß er sich nicht schadensersatzpflichtig macht, sondern auch darauf, daß das erfolgreichste Geschäft abgeschlossen wird. Auf diese Weise wird der Entzug der individuellen Regelungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters durch eine gemeinsame Verantwortung des vertretungsberechtigten Ge-

---

1) Hueck OHG S. 217; Westermann Rz 204

sellschafters ausgeglichen[1].

4. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich, daß selbst die ausgeprägteste Form gesellschaftsrechtlicher Abhängigkeit (Entzug von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, Beschränkung des Stimmrechts, Mehrheitsklausel) den einzelnen betroffenen Gesellschafter in seiner wirtschaftlichen Freiheit nicht so einschränkt wie die hier zu untersuchende unwiderrufliche Bevollmächtigung.
Diese unterschiedlich starke Bindung sei abschließend an dem schon angeführten Beispielsfall deutlich gemacht[2]. Es soll nicht ein Dritter, sondern der einzige zur Geschäftsführung befugte Gesellschafter von dem betroffenen Gesellschafter in der aufgezeigten Weise zusätzlich bevollmächtigt werden. In diesem Fall kommt für den betroffenen Gesellschafter das Maß an Fremdbestimmung hinzu, das die Bindung nach § 138 BGB nichtig macht. Denn in der sonst stärksten Form gesellschaftsrechtlicher Bindung kann der betroffene Gesellschafter

---

1) Müller-Erzbach AcP 154, 299 (323); kritisch dazu Wiedemann S. 327 f;
Das von Siebert aufgestellte Herrschafts-Haftungsprinzip trifft also auch insoweit nicht zu, denn die Regelung im Recht der OHG stellt die Haftungs- und Herrschaftskausalität nicht mehr allein auf die Person und die Wirkungsmöglichkeit des Einzelnen, sondern vor allem auf den Verband mehrerer ab, indem sie den Entzug individueller Herrschaft über die eigene Haftung durch ein gemeinsames Einstehenmüssen ersetzt und durch die Mithaftung erträglich macht; s. a. Müller-Erzbach AcP 154, 299 (323 f); Hueck FS S. 79

2) s. o. S. 25 f

wenigstens bei den grundlegenden und wichtigsten Entscheidungen sowie bei den ihn persönlich treffenden Pflichten mitbestimmen, weil eine weitergehende Abhängigkeit gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und gegen § 138 BGB verstieße[1]. Bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung dagegen ist dem betroffenen Gesellschafter zusätzlich sogar die Geltendmachung dieses Reststimmrechts entzogen. Mag auch bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters dessen Mithaftung dem betroffenen Gesellschafter einen stärkeren Schutz bieten als dieVerwaltung eines außenstehenden Dritten, so ist doch entscheidend, daß dem betroffenen Gesellschafter bei der unwiderruflichen Bevollmächtigung durch einen Mitgesellschafter gerade der entscheidende Rest an Selbstbestimmung genommen wird.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß kein Gesellschafter freiwillig einen Dritten in der dargestellten Weise unwiderruflich bevollmächtigen und damit eine Bindung eingehen kann, wie sie dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen Erbe und Fremdverwalter entspricht. Denn diese Bevollmächtigung würde sich als Mißbrauch der Vertragsfreiheit darstellen und damit gegen § 138 BGB verstoßen.

II Die Anordnung der Fremdverwaltung durch den Erblasser als Überschreitung der Testierfreiheit

Nach der bisherigen Untersuchung hat sich ergeben, daß eine Fremdverwaltung, wie sie der gesetzlichen TV über die Mitgliedschaft entspricht, unter Lebenden nicht vereinbart werden kann. Daran anschließend stellt sich

1) BGHZ 20, 363 (365); Westermann RZ 273.

die weitere Frage, ob der Erblasser die Fremdverwaltung durch letztwillige Verfügung anordnen kann. Das ist nur dann der Fall, wenn auf Grund besonderer Umstände in der Situation des Erben die Bindung als noch zumutbar anzusehen ist.

Als solche besonderen Gesichtspunkte kommen in Betracht[1]: Die Erbeinsetzung und damit die Nachfolge in die Gesellschafterstellung stellt einmal für den Erben eine vorteilhafte Zuwendung ohne eigenes Verdienst dar. Zudem übernimmt der Erbe den Nachlaß des Erblassers nicht unfreiwillig, sondern er hat es über das Ausschlagungsrecht selbst in der Hand, ob er Gesellschafterstellung und Fremdverwaltung auf sich nehmen will. Schließlich wird die Fremdverwaltung vom Erblasser nicht willkürlich sondern aus Fürsorge angeordnet. Es ist jedoch zweifelhaft, ob durch diese Umstände die Sittenwidrigkeit der Bindung beseitigt wird.

1. Die Testierfreiheit des Erblassers im Hinblick auf die unentgeltliche Zuwendung des Nachlasses

Es ist einmal zu berücksichtigen, daß mit der Erbeinsetzung und Nachfolge in die Gesellschafterstellung regelmäßig eine - unter Umständen erhebliche- wirtschaftliche Besserstellung des Erben erfolgt. Die Beschränkung durch die Fremdverwaltung kann nicht ohne diesen Vorteil gesehen werden. Demgemäß ist daran zu

---

1) vgl. insoweit auch BGHZ 12, 100 (103); RGZ 172, 199 (205); Donner DNotZ 44, 146; Holch DNotZ 58, 288 (295 f); Rieper Diss. S. 58;

denken, daß sie dann zulässig ist, wenn die Abwägung zwischen Belastung und Vorteil sie als erträglich und zumutbar erscheinen läßt[1].

Die Zuwendung kann die in der Fremdverwaltung liegende Beschränkung in zweierlei Hinsicht modifizieren. Sie kann einmal die wirtschaftlichen Folgen des damit verbundenen Eingriffs ausgleichen. Zum anderen kann sie den gegenständlichen Bereich bestimmen, in dem sich der Rechtsentzug des Betroffenen auswirken soll, indem ein selbständig verwaltetes Sondervermögen gebildet wird. In diesem Verhältnis stehen nach der gesetzlichen Regelung z. B. Erbeinsetzung und TV.

Keineswegs in diesem Verhältnis aber stehen Vererbung des Nachlasses und Fremdverwaltung der Mitgliedschaft in einer OHG. Selbst wenn man davon ausginge, daß der Nachlaß nicht überschuldet ist und die Erbschaft für den Erben eine nicht unerhebliche Erweiterung seines Vermögens darstellt, so zeigt doch gerade die unbeschränkte Haftung, daß der mit der angeordneten Fremdverwaltung verbundene Rechtsentzug über den hinzukommenden Vermögensbestand hinaus in den eigenen Rechtskreis des Erben hineingreift. Angesichts der persönlichen Haftung wird die wirtschaftliche Abhängigkeit auch durch den Umfang des Nachlasses nicht geringer gestaltet. Denn die gesellschaftliche Haftung ist deshalb außerordentlich risikoreich, weil die gesamten Schulden der Gesellschaft auch die des einzelnen Gesellschafters sind[2]. Darüber hinaus wird diese auf dem Umfang der möglichen Schulden beruhende Gefahr noch dadurch verstärkt, daß die Bindung auf einen langen Zeitraum angelegt ist, und damit das Risiko

---

1) vgl. in dieser Richtung: BGHZ LM Nr.24 zu § 138 BGB (Bb); BGHZ MDR 68, 565; RGZ 152, 251 (254); RGZ JW 36, 569 (570); JW 38, 2393 (2394); Donner DNotZ 44, 143 (146); zur Gegenleistung vgl. auch BGHZ NJW 68, 650

2) v. Godin JR 48, 61 (64); Hueck OHG S. 227

gänzlich unvorhersehbar und unkalkulierbar wird. Die Zuwendung hat also keine die Bindung ausgleichende Wirkung, weder im Rahmen der wirtschaftlichen Folgen noch durch die Beschränkung der Haftung auf ein Sondervermögen, vielmehr wird praktisch erst auf ihrer Grundlage eine Abhängigkeit von wesentlichem Umfang auch im persönlichen Bereich begründet.
Darüber hinaus steht eine solche Rechtsmacht des Erblassers, weitreichend über die persönlichen Haftungsverhältnisse des Erben zu bestimmen, auch generell nicht in Einklang mit der erbrechtlichen Bewertung der Interessen des Erben und des Erblassers. Zwar ordnet der Erblasser hier nicht unmittelbar eine persönliche und unbeschränkte Haftung des Erben an. Der Erbe wird jedoch durch den Erblasser gezwungen zu dulden, daß ein Dritter erheblichen Einfluß auf sein persönliches Vermögen ausübt - die persönlichen Vermögensverhältnisse des Erben sogar weitgehend in der Hand haben kann - weil der Erbe, ohne mitbestimmen zu können, praktisch wie ein Vertretener stets unbeschränkt und persönlich für die Maßnahmen des vom Erblasser eingesetzten TV haften muß (§ 128 HGB). Damit bestimmt der Erblasser also durchaus über die persönliche Haftung des Erben.

Insoweit läßt sich allgemein die Frage aufwerfen, ob der Erblasser unter Berücksichtigung der Tatsache, daß er dem Erben ein Vermögen hinterläßt, ihm dafür die persönliche und unbeschränkte Haftung auferlegen kann. Bei einer Überprüfung der Einzelregelungen, die in dieser Hinsicht getroffen sind, ergibt sich aber die gesetzliche Wertung, daß der Erbe stets seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß soll beschränken können.

Zieht man die Bestimmungen über die Auflage heran, so ist es dem Erblasser danach möglich, von seinem Erben ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 1940 BGB). Dabei braucht

sich die Verpflichtung weder auf einen Vermögenswert noch überhaupt auf einen Gegenstand aus dem Nachlaß zu beziehen[1]. Gleichwohl muß die verlangte Leistung, wenn sie mit finanziellen Aufwendungen verbunden ist, wirtschaftlich aus dem Nachlaß stammen, wie Siebert es ausdrückt[2]. Denn es handelt sich auch bei Auflageverpflichtungen um Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 BGB), mit der Folge, daß der Erbe seine Haftung dafür auf den Nachlaß beschränken kann. Der Erbe haftet also gegen seinen Willen nicht persönlich, und die Auflage braucht nur dann verwirklicht zu werden, wenn der Nachlaß zu deren Realisierung ausreicht. Ohne Maßnahmen gemäß der §§ 1975 ff BGB zu treffen, kann der Erbe sogar einfach die Erfüllung der Auflage verweigern, wenn sonst der Nachlaß überschuldet würde (§§ 1992 Satz 1, 1990, 1991 BGB)[3].

Eben dieselbe Regelung gilt für Verbindlichkeiten, die den Erben aus Vermächtnissen treffen. Auch hier ist der Erbe nur im Rahmen der Nachlaßmittel zur Erfüllung verpflichtet (§§ 1992, 1990, 1991 BGB).

Gleichermaßen kann ein Vermächtnisnehmer die Erfüllung eines ihn treffenden Untervermächtnisses verweigern, wenn er dazu sein persönliches Vermögen in Anspruch nehmen müßte (§ 2177 BGB), und das gleiche gilt für die Auflageverpflichtungen, die den Vermächtnisnehmer treffen.

Weiter sei auf die Regelung der TV selbst hingewiesen. Die rechtliche Ausgestaltung der TV stellt nicht nur eine Einschränkung der Rechte des Erben sondern auch einen Schutz für den Erben dar. Denn nach §§ 2205, 2206 BGB wirkt sich dieRechtsmacht des TV haftungsrechtlich und verwaltungsmäßig nur auf den Nachlaß und nicht auf das persön-

1)Kipp-Coing § 64 Abs. I 2; RGRG-Kregel § 1940 Anm.2; Brox Rdnr.585; Palandt-Keidel § 1940 Anm.2
2)Siebert FS 321 (333)
3)Brox Rdnr. 582, 574; RGRK-Johannsen § 2192 Anm. 10, § 2174 Anm 23.

liche Vermögen des Erben aus. Die Verwaltung des persönlichen Vermögens soll dem Erben demnach stets selbst vorbehalten sein.
In diesen Einzelregelungen läßt sich als Grundgedanke erkennen, daß der Erblasser zugunsten seines Nachfolgers insoweit gebunden ist, als seine wirtschaftliche Verpflichtungsmacht auf den Bereich des Zugewandten beschränkt ist. Das Gesetz geht also auch im Hinblick auf die Überlassung des Nachlasses davon aus, daß der Erblasser seinen Erben nicht gegen dessen Willen mit seinem persönlichen Vermögen soll verpflichten können.

2. Das Ausschlagungsrecht

Weiterhin ist das Ausschlagungsrecht des Erben angeführt worden, um die Zulässigkeit der Fremdverwaltung aus der Sicht des Erben zu begründen[1]. Aus der Tatsache, daß der Erbe nicht ausschlägt, wird auf die freiwillige Wahl der Bindung und aus dieser Freiwilligkeit weiter auf die rechtliche Zulässigkeit der Fremdverwaltung geschlossen.

Diese Begründung kann jedoch nicht überzeugen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es sich in vielen Fällen kaum um eine wirklich freie Wahl des Erben handeln wird[2].

---

1) BGHZ 12, 100 (103); Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 60; Erman-Hense § 2205 Anm. 5; Donner DNotZ 44, 146; Weiler DNotZ 52, 296

2) So kann sich der Erbe praktisch gezwungen sehen, den mit der Fremdverwaltung belasteten Gesellschaftsanteil zu übernehmen, weil er eine in der Familie vererbte Beteiligung fortführen will oder weil er sich auf den Vermögenswert der Beteiligung unausweichlich eingerichtet hat oder weil er die bei einer eigenen Pflichtteilsberechtigung mit der Ausschlagung verbundene Versilberung des Nachlasses vermeiden will.

Abgesehen davon, wird auch nicht genügend berücksichtigt, daß die gewöhnliche Ausschlagungsfrist von 6 Wochen (§ 1944 BGB) viel zu kurz ist, um in dieser Zeit die Vor- und Nachteile, die mit der Übernahme des durch die Fremdverwaltung belasteten Gesellschaftsanteils verbunden sind, gegeneinander abzuwägen und sich dann zu entscheiden, denn die wirtschaftlichen Auswirkungen der Fremdverwaltung werden für den Erben erst in der Zukunft erkennbar.
Daß die Ausschlagungsfrist für die Entscheidung zu kurz ist, wird insbesondere deutlich, wenn zum Vergleich die Wahlfrist des § 139 Abs. IV HGB herangezogen wird, wo dem Erben allein schon für die Wahl zwischen der Stellung eines OHG-Gesellschafters oder eines Kommanditisten vom Gesetz mindestens drei Monate zugestanden sind. Die hier hinsichtlich der Fremdverwaltung zu treffende Entscheidung ist jedoch sicherlich ebenso schwer zu übersehen und im übrigen in ihren Auswirkungen auf das Selbstbestimmungsrecht des Erben erheblich einschneidender.

Aber unabhängig davon trifft der Hinweis auf das Ausschlagungsrecht des Erben in keiner Weise den Kern des Problems. Dieser liegt in der Frage, ob die verlangte Bindung ihrem Inhalt nach zu weitgehend und damit nach § 138 BGB unzulässig ist. Wenn das festgestellt ist, kann sie der Erbe auch nicht freiwillig eingehen. Dazu ist oben schon im einzelnen ausgeführt worden[1].
Es ist infolgedessen allein entscheidend, daß innerhalb der verlangten Bindung die notwendige eigene wirtschaftliche und persönliche Betätigungsfreiheit des Erben nicht gewahrt bleibt. Die Anordnung der Bindung ist daher nach § 138 BGB nichtig, ohne daß es noch auf das Ausschlagungs-

1) s. o. S. 59 f

recht des Erben ankommen kann[1].
Dieses Ergebnis wird wiederum durch die allgemeine erbrechtliche Wertung der Interessen des Erblassers und des Erben bestätigt.
Wenn der Erblasser über die Fremdverwaltung weitgehend Einfluß auf die persönlichen Haftungsverhältnisse des Erben nehmen will, so kann dies auch erbrechtlich nicht mit dem Hinweis auf das Ausschlagungsrecht des Erben begründet werden. Denn das Gesetz geht davon aus, daß dem Erben - ohne Rücksicht auf das Ausschlagungsrecht - stets das Recht zur Haftungsbeschränkung verbleibt. Die Ausschlagungsmöglichkeit des Erben rechtfertigt also nicht eine Erweiterung der Verpflichtungsmacht und damit der Testierfreiheit des Erblassers.
Erbrechtlich gesehen, kann der Erblasser den Nachfolger in seinem Selbstbestimmungsrecht über die eigene Haftung vielmehr nur insoweit beschränken, wie ihm kraft der einzelnen Regelungen des Erbrechts über Vermächtnis, Auflage usf. die entsprechende Testierfreiheit eingeräumt ist. Das zulässige Maß der Testierfreiheit wird nicht durch das Recht des Erben bestimmt, die gesamte Erbschaft auszuschlagen, sondern durch die aufgezeigten einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, die sicherstellen, daß die letztwillige Regelung der Nachfolge in sich - d.h. also ihrem Inhalt nach - zumutbar ist.

---

1) vgl. Baur FS S. 258, Anm. 30; Bauer-Mengelberg S. 90; KG JW 1937, 2599
Das gleiche gilt für die Begründung, der Erbe hätte auch die Kommanditistenstellung wählen können und müsse sich nun infolge seines Verzichtes darauf die gegebene Abhängigkeit gefallen lassen.

Zum Abschluß sei schließlich auf die gesellschaftsrechtliche Erbfolgeregelung in § 139 HGB verwiesen, um daran aufzuzeigen, welche Bedeutung dem Ausschlagungsrecht im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Situation des Erben zuzumessen ist. Denn auch die gesellschaftsrechtliche Nachfolgeregelung in § 139 HGB bestätigt die oben aufgezeigte, im Hinblick auf das Verhältnis von Ausschlagungsrecht des Erben und Testierfreiheit des Erblassers getroffene erbrechtliche Wertung.
Nach § 139 Abs. IV HGB steht dem Erben das Recht zu, zwischen der Stellung eines OHG-Gesellschafters oder eines Kommanditisten zu wählen. Mit dieser Wahl entscheidet er zugleich darüber, ob er für die alten, noch aus der Zeit des Erblassers stammenden Schulden der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt haften will oder nicht. Denn als OHG-Gesellschafter haftet er persönlich und unbeschränkt für alle Schulden der Gesellschaft. Dieses Recht kann ihm der Erblasser nicht entziehen und damit über die unbeschränkte Haftung des Erben bestimmen, sei es dadurch, daß er die Ausübung des Rechtes dem TV zuweist, sei es dadurch, daß er es dem Erben zur Auflage macht, überhaupt auf die Ausübung zu verzichten und OHG-Gesellschafter zu bleiben.
Ein großer Teil der gesellschaftsrechtlichen Literatur vertritt demgegenüber allerdings den gegenteiligen Standpunkt[1].

---

1) Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 65; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm.34; Weipert § 139 Anm. 70; Westermann Rz 481; Hueck OHG S. 298; Dietrich DR 43, 808; Hueck OHG S. 298; Dietrich DR 43, 808; Bondi ZBH 1926, 308 (320); Düttmann Diss. S. 120; s.a. KG DNotZ 55, 418 (422) unter fälschlicher Berufung auf RGZ 172, 199 (205)

Zwar seien die Gesellschafter gemäß § 139 Abs. V HGB daran gehindert, die Entscheidungsfreiheit zwischen der Stellung eines Kommanditisten und eines OHG-Gesellschafters auszuschließen, nicht aber der Erblasser-Gesellschafter. Eine Begründung wird für diese Ansicht jedoch nicht weiter vorgetragen; es heißt lediglich, der Erblasser könne,"wie er den Erwerb der Erbschaft auch sonst von Bedingungen abhängig machen kann" [1], eine solche Auflage stellen, seine Testierfreiheit "richte sich allein nach erbrechtlichen Grundsätzen" [2].

Die Ansicht überzeugt nicht. Könnte der Erblasser dem Erben das Wahlrecht entziehen, so müßte der Erbe für die zu Lebzeiten des Erblassers begründeten und damit von ihm herrührenden Verpflichtungen unbeschränkt und persönlich haften, oder er müßte die gesamte Erbschaft ausschlagen. Folglich ginge in diesem Fall die Herrschaftsmöglichkeit des Erblassers weit über den von ihm weitergegebenen Nachlaß hinaus und wäre im Hinblick auf die Person des Erben nur durch das Ausschlagungsrecht begrenzt. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch gerade den von der Gegenmeinung angeführten "erbrechtlichen Grundsätzen".

Abgesehen davon wird die gegenteilige Auffassung aber auch der in § 139 Abs. IV HGB selbst getroffenen Interessenregelung nicht gerecht, die auf den Schutz des Erben abgestellt ist. Bei Entziehung des Wahlrechts stände der Erbe in der geschilderten Situation, entweder voll zu haften oder ganz auf die Erbschaft zu verzichten. Um eben diese Situation des Erben aber auszuschließen, ist § 139 HGB überhaupt neugefaßt worden. Denn der Gesetzgeber war aufgrund der vorherigen gesellschaftsrechtlichen Regelung (Art. 123 Nr. 2 i.V.m. Art. 113 ADHGB), nach der das Wahlrecht nicht bestand, zu der Überzeugung gekommen, daß die

1) Hueck OHG S. 298
2) Dietrich DR 43, 808

aufgezeigte Alternative für den Erben eine unzumutbare Belastung darstellt.[1] Deshalb wurde dem Erben die Möglichkeit eingeräumt, selbst darüber entscheiden zu können, ob er die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen will oder nicht, und zwar ohne damit zugleich die ganze Erbschaft aufs Spiel zu setzen. Man kann auch nicht sagen, dieser gesetzgeberische Zweck verbiete es nicht, daß der Erblasser im Einzelfall eine solche Belastung vorsehen könne. Denn es ist nicht ersichtlich, auf welches berechtigte Interesse dem Erben gegenüber er sich für eine solche Auflage sollte stützen können. Entscheidend ist vielmehr, daß es dem Gesetzgeber in § 139 HGB auf den Schutz des Erben ankommt, und zwar allein deshalb, weil es in der beschriebenen Situation eine unbillige Härte sieht. Steht aber der Schutz des Erben im Vordergrund, dann ist die Regelung des § 139 HGB nicht nur für die Gesellschafter, sondern auch für den Erblasser bindend;denn für den Erben macht es keinen Unterschied, wer ihm das Wahlrecht nimmt,

---

1) Denkschr. zum HGB S. 106 ff

weil für ihn die Folgen stets die gleichen sind[1].

Zusammenfassend ist danach zu sagen: Auch im Hinblick darauf, daß der Erbe die Erbschaft ausschlagen kann, läßt es sowohl die speziell in § 139 getroffene als auch darüber hinaus die allgemeine erbrechtliche Wertung nicht

---

1) so auch: v. Godin JR 48, 61 (65); Siebert FS 337 Anm.38; Wiedemann S. 321 Anm. 1; Emmerich ZHR 132, 321 Fn 76, Denkschrift zum HGB S. 108; wohl auch BGH BB 63, 323 = WM 63, 259 (260);
unentschieden: RGZ 43, 1224 (1226); Richardi S. 50;
Aus diesen Überlegungen folgt ebenso, daß der Erblasser das Wahlrecht auch nicht dem TV zuweisen kann, es verbleibt vielmehr stets dem Erben; vgl. dazu: RGZ 170, 392 (395); 172, 199 (203); Baumbach-Duden § 139 4 E; Westermann Rz 507; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14; Hueck OHG S. 304; Weipert § 139 Anm. 13; Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 65; Bartholomeyczik § 42 IV 3 c bb (276); Siebert FS S. 337 Anm. 38;Wiedemann S. 321 Anm. 1; Richardi S. 74; Einmahl AcP 160, 29 (37); Emmerich ZHR 132, 309; s. a. BGHZ 47, 294 (296) = NJW 67, 1991 = JZ 67, 703 für die Ausübungsbefugnis des Wahlrechts durch den Nachlaßverwalter.
Im weiteren führt dieses Ergebnis, daß der Erbe das Wahlrecht selbst ausübt, folgerichtig dazu, daß er mit der Wahl zugleich auch über die Zulässigkeit der unbeschränkten Fremdverwaltung entscheidet. Denn als unbeschränkt haftender Gesellschafter kann er ihr nicht unterworfen werden. Dieses "überraschende Ergebnis", Westermann Rz 507, muß aber hingenommen werden, Westermann a.a.O.,aA Emmerich ZHR 132, 324. Es ist im übrigen nicht so einschneidend, wie es manchmal dargestellt wird, vgl. Emmerich a.a.O., denn die Fremdverwaltung kann im beschränkten Umfang aufrechterhalten werden, s.u. S. 85 ff.

zu, daß der Erblasser unter Nichtachtung des Selbstbestimmungsrechtes des Erben über dessen persönliche Haftung bestimmen kann.

3. Die Motive des Erblassers

Schließlich ist auch der Umstand, daß der Erblasser dem Erben oft nur aus Fürsorge die Verwaltung der Mitgliedschaft entziehen will[1], für die Frage nach der Nichtigkeit der auferlegten Bindung nicht von Bedeutung. Denn es kommt grundsätzlich nicht auf die Motivation der Beteiligten an, wenn zu prüfen ist, ob der Tatbestand einer unzulässigen Bindung erfüllt ist. Auch wenn die besten Absichten verfolgt werden, und sich der Betroffene der Bindung bereitwillig unterwirft, kann sie sittenwidrig sein[2]. Denn es geht bei dem Verbot der unzulässigen Bindung nicht um die Würdigung individueller Motive, sondern um die Garantie der Vertragsfreiheit[3]. Selbst wenn man unabhängig von der objektiven Verletzung des § 138 BGB mit Fahrlässigkeit, Vorsatz und Absicht das Vorliegen subjektiver Schuldelemente fordert[4], so ist auch diese Voraussetzung

1) Möglicherweise will er aber auch nur seinen eigenen wirtschaftlichen Vorstellungen über den Tod hinaus Geltung verschaffen
2) vgl. RGZ JW 19, 443; OLG Frankfurt NJW 67, 1043 (1044); Bauer-Mengelberg S. 75
3) vgl. Larenz JurJhb 66/67, 98 (119/120); Bauer-Mengelberg S. 45; Flume § 18 2 b, 3; s.a. Staudinger-Coing § 138 Anm. 12 a; Soergel-Hefermehl § 139 Rdnr. 25
4) so die wohl h. M.: RGZ 99, 107 (109); 136, 236 (240); 150, 1 (3); 165, 1 (14); BGHZ 10, 228 (233); Enn.-Nipperdey § 191 Abs. II 2; Erman-Westermann § 138 Anm. 7;
differenzierend Larenz JurJhb 66/67, 98 (120); Flume § 18,3.

erfüllt, denn der Erblasser weiß im gegebenen Fall um den Umfang der Bindung des Erben; gerade darum scheint sie ihm ja zweckmäßig. Er will die Betätigungsfreiheit des Erben so beschränken und kennt damit die objektiven Tatumstände, so daß selbst dem weitergehenden subjektiven Erfordernis Genüge getan ist[1].
Nach den aufgezeigten Bestimmungen des Erbrechts und Gesellschaftsrechts läßt sich feststellen: das Gesetz geht davon aus, daß der Erblasser den Erben nicht unter Nichtachtung seines Selbstbestimmungsrechts auf die persönliche und unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten verpflichten kann. Infolgedessen darf der Erbe auch nicht gezwungen werden, sich mit dem eigenen Vermögen den Entschlüssen und Handlungen eines vom Erblasser bestimmten Dritten auszuliefern und auf die eigene Entscheidungsgewalt zu verzichten.

Diese Überlegungen zu der nach Erbrecht gegebenen Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers ergeben damit zusätzliche Kriterien zur Konkretisierung des § 138 BGB im Hinblick auf das hier gegebene Problem der Fremdverwaltung und bestätigen die Unzulässigkeit der Bindung des Erben durch die gesetzliche TV.

Dieses Ergebnis gilt weiterhin auch nicht nur für das unmittelbare Auftreten des TV in der Gesellschaft sondern ebenso für das Innenverhältnis zwischen TV und Erbe[2]. Es ist ausgeschlossen, daß der Erbe in der Gesellschaft alle Rechte und Pflichten eines Mitglieds

---

1) RGZ 93, 27 (30); 120, 144 (148); 143, 48 (51); RG JW 19, 443; BGHZ 10, 228 (232 f); RGRK-Krüger-Nieland § 138 Anm. 30; Enn.-Nipperdey § 191 Abs. II 1.
2) aA. Donner DNotZ 44, 143 (145); Holch DNotZ 58, 282 (292, 300)

selbst übernimmt, jedoch im Innenverhältnis zum TV einem umfassenden Weisungsrecht unterliegt. Auch diese Konstruktion widerspricht § 138 BGB. Der Grund liegt stets in der Schutzwürdigkeit des Erben.

Die gesetzliche TV über die Mitgliedschaft des Erben scheidet also aus.

Viertes Kapitel

Die Bevollmächtigung des TV zur Verwaltung der Mitgliedschaft

Da die gesetzliche TV über die Mitgliedschaft, wie die bisherige Darstellung gezeigt hat, nicht durchführbar ist, fragt es sich, ob die vom Erblasser gewollte Fremdverwaltung auf einem anderen Wege aufrechterhalten werden kann. In Literatur und Rechtsprechung werden zwei Lösungen vertreten, nämlich die Verwaltung der Mitgliedschaft durch den TV auf Grund einer unwiderruflichen Vollmacht, zum andern auf Grund einer nur widerruflichen Vollmacht des Erben. Beide Vorschläge werden im folgenden erörtert.

I. Die unwiderrufliche Bevollmächtigung des TV durch den Erben aufgrund einer Auflage oder Bedingung des Erblassers

Die h.M. geht davon aus, daß die Anordnung der TV durch den Erblasser in eine Auflage umzudeuten sei, die den Erben dazu verpflichtet, den TV zur Verwaltung der

Mitgliedschaft unwiderruflich zu bevollmächtigen[1]. Der Erbe räumt danach dem TV durch Rechtsgeschäft das Recht ein, alle mitgliedschaftlichen Befugnisse, sowohl im Innenverhältnis wie im Außenverhältnis, unabhängig von seinen Wünschen und an seiner Stelle auszuüben, während er selbst Träger der gesellschaftsrechtlichen Pflichten, insbesondere der Haftung bleibt. Weiterhin ist der Erbe verpflichtet, es zu unterlassen, die Mitgliedschaftsrechte neben dem TV selbst auszuüben. Mit dieser Ersatzlösung wird die vom Standpunkt der h. M. entscheidende haftungsrechtliche Schwierigkeit überwunden. Denn als Vertreter kann der TV den Erben persönlich verpflichten (§ 164 BGB).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Ersatzlösung jedoch nicht zulässig. Denn die mit der unwiderruflichen Vollmacht geschaffene Bindung des Erben ist nicht mit § 138 BGB zu vereinbaren. Der Problemkreis der zu weitgehenden Fremdverwaltung im Gesellschaftsrecht ist im vorangegangenen Kapitel - unter Einbeziehung auch der hier vorgeschlagenen unwiderruflichen Vollmacht - für die gesetzliche TV im einzelnen untersucht worden. Dabei hat sich u. a. ergeben, daß die Bindung eines Gesellschafters durch die vorgeschlagene unwiderrufliche Vollmacht und die Bindung des Erben durch die gesetzliche TV im Hinblick auf die damit geschaffene Abhängigkeit des Betroffenen im Ergebnis gleich

---

1) RGZ 172, 199 (205); KG DNotZ 55, 418 (422); Westermann Rz 509; Schlegelberger-Geßler 3. Aufl. § 139, Anm. 14; Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 14; Schultze Diss. S. 88; Funke-Kaiser Diss. S.63; Rehlinger S. 77; Hamann Diss. S. 158; Donner DNotZ 44, 143 (148); Klussmann BB 66,1209 (1211); s.a.Mot. V § 1905 S. 241; Prot. V S.307; vgl.für das einzelkaufmännische Unternehmen BGHZ 12, 100 (103); dahingestellt von BGHZ 35, 13 (16)

ist[1]. Infolgedessen gelten die für die Frage einer Durchführbarkeit der gesetzlichen TV getroffenen Feststellungen auch für die Ersatzlösung der unwiderruflichen Vollmacht. Demnach ergibt sich daß die vom Erblasser gewollte Fremdverwaltung, gleichgültig welche rechtliche Konstruktion gewählt wird, zu einer Entmündigung des Erben auf einem entscheidenden Bereich seiner persönlichen und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit führt und damit undurchführbar ist. Der Erbe kann daher, wie oben schon dargestellt ist, diese Fremdverwaltung nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem TV begründen; ebensowenig kann ihn der Erblasser zur Begründung dieser Fremdverwaltung durch eine Auflage verpflichten. Auch die bei der Erbfolge gegebenen besonderen Umstände, wie z. B. die "unentgeltliche" Zuwendung des Nachlasses, führen zu keiner anderen Beurteilung, weil sie dem Erben die Bindung nicht erleichtern. Damit scheitert auch die Ersatzlösung an § 138 BGB.
Die Auflageverpflichtung des Erben, den TV unwiderruflich zur Verwaltung der Mitgliedschaft zu bevollmächtigen, scheidet daher aus.

Schließlich hilft auch der Vorschlag nicht weiter, wonach die Anordnung der TV dahin umgedeutet werden könne, daß die unwiderrufliche Bevollmächtigung des TV zur Bedingung der Erbeinsetzung gemacht werden könne (§§ 2074, 2075 BGB)[2]. Schon eine derartige Aus-

1) s. o. S. 48 ff.
2) BGHZ 12, 100 (102); Staudinger Dittmann § 2205 Anm. 60; Erman-Hense § 2205 Anm. 5; Kipp-Coing 11. Bearb., § 68 III 2b; Schlegelberger-Geßler 3.Aufl., § 139 Anm. 14; Westermann Rz 510; einschränkend Richardi S. 54 ff; Schlegelberger-Geßler 4.Aufl., § 139 Anm. 14a

legung ist zweifelhaft, denn es ist ungewöhnlich, daß dem Erblasser die Fremdverwaltung der Mitgliedschaft ebenso wichtig ist wie die Nachfolge des Bedachten [1]. Sollte sich jedoch ein solcher Wille des Erblassers im Einzelfall feststellen lassen, ist die bedingende Klausel nach den gleichen Kriterien zu beurteilen wie die Auflage oder auch die direkte Auferlegung der TV. Konstruktiv ergibt sich zunächst der Unterschied, daß bei der TV der Erbe den schon mit der Fremdverwaltung belasteten Nachlaß übernimmt, bzw. die Auflage denjenigen, der schon Erbe geworden ist, zur Bestellung des Fremdverwalters verpflichtet, während sich bei der Bedingung der Bedachte selbst entscheidet, ob er sie erfüllen und damit Erbe werden will. Dies führt in der Sache jedoch zu keinem anderen Ergebnis. Es ist für den Erben ohne Bedeutung, ob er direkt durch die TV, die Auflage oder die Bedingung belastet wird. Die Freiheit, die mit der Fremdverwaltung belastete Erbschaft anzutreten, bedeutet für den Erben nichts anderes als die Freiheit, die mit der Fremdverwaltung in der einen oder anderen Form belastete Erbschaft auszuschlagen[2]. In beiden Fällen ist es ihm in der gleichen Weise freigestellt, ob er die Bindung auf sich nehmen will oder nicht. Darüber hinaus ist die freie Wahl des Erben allein auch gar nicht entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Bedingung zu einer Bindung veranlassen soll, die

---

1) Siebert FS S. 334; vgl. auch Johannsen LM Nr.1 zu § 2216
2) vgl. auch Wiedemann S. 330; zweifelnd Emmerich ZHR 132, 315 FN.58

ihrem Inhalt nach gegen § 138 BGB verstößt. Unabhängig davon, welcher rechtlichen Mittel sich der Erblasser zur Erreichung dieses Erfolges bedient, ist seine Testierfreiheit also in jedem Fall durch § 138 BGB begrenzt.

II. Die widerrufliche Bevollmächtigung des TV durch den Erben

Nach den bisherigen Erörterungen ist die Fremdverwaltung der Mitgliedschaft unwirksam, wenn mit ihr eine zu weitgehende Beschränkung des Erbengesellschafters verbunden ist. Folglich läßt sie sich unbedenklich dort durchführen, wo der Erbe sein Selbstbestimmungsrecht behält, wie bei der widerruflichen Vollmacht[1].

1. Die Stellung des bevollmächtigten TV im Innen- und Außenverhältnis

Die Stellung des TV im Innenverhältnis zum Erben bei der widerruflichen Vollmacht richtet sich danach, welche Vereinbarungen zwischen Erbe und TV getroffen werden und welche Rechtsvorschriften demzufolge gelten sollen. In Betracht kommt hier insbesondere die Begründung eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 675, 663 ff BGB). Fehlt es dagegen an einer solchen Vereinbarung, können auch die Vorschriften über die Pflicht zur Inventarerrichtung (§ 2215 BGB), zur ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB), zur Rechnungslegung (§ 2218 Abs. II BGB) und zum Schadensersatz (§ 2219 BGB) entsprechend angewandt werden.Lediglich

---

1) vgl. Siebert FS S. 331; Wiedemann S. 326
Richardi S. 56; Teichmann S. 226

die Vorschrift über die Entlassung des TV durch das Nachlaßgericht (§ 2227 BGB) paßt nicht auf den Fall der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung[1]. Vielmehr kann der Erbe jederzeit selbst widerrufen. Der Fremdverwalter ist infolgedessen auf das Vertrauen des Erben angewiesen.
Im Hinblick auf das Außenverhältnis liegt eine Schwierigkeit der Bevollmächtigung des TV darin, daß die Befugnisse als Bevollmächtigter und als TV in einer Person vereinigt sind. Zwar bestehen keine Bedenken dagegen, daß der TV überhaupt zum Vertreter bestellt werden kann[2]. Zu untersuchen ist aber, wie sich die Befugnisse aus der TV zu denen aus der vom Erben erteilten Vertretungsmacht hinsichtlich der Verwaltung der Mitgliedschaft verhalten, da sich im Außenverhältnis die Stellung als Vertreter und die Stellung als TV nicht voneinander unterscheiden lassen.

---

1) vgl. Wiedemann S. 326

2) BGHZ NJW 62, 1718; KGJ 37, 231 (236 f); a.A. das OLG München JFG 14, 428 (433) hinsichtlich einer vom Erben erteilten Generalvollmacht: es leitet daraus, daß der Alleinerbe nicht auch zugleich sein eigener TV sein kann - vgl. RGZ 163, 57 (58 f); Staudinger-Dittman § 2197 Anm. 19; Kipp-Coing § 67 I 9 a - den umgekehrten Schluß her; der TV könne danach auch nicht alle Rechte des Alleinerben ausüben. DieseFolgerung ist jedoch unzutreffend. Im ersten Fall handelt es sich um die seltene Ausnahme, daß die Befugnisse des Alleinerben und die des TV in einer Person zusammenfallen; infolgedessen ist die Beschränkung der eigenen Verfügungsmacht (als Erbe) durch eine 'andere' eigene Verfügungsmacht (als TV) überflüssig. Das besagt jedoch nicht, daß der Erbe im zweiten Fall, bei dem diese Personenidentität nicht besteht, dem TV - wie jedem anderen Dritten - nicht Rechte einräumen könnte, die dem TV kraft Amtes versagt sind.

Dabei kann es sich nicht um eine Mischform zwischen TV und Vollmacht etwa der Art handeln, daß sich eine Handlung einmal als Maßnahme kraft Vollstreckermacht und einmal kraft Vollmacht darstellt, je nachdem, ob die vom TV eingegangene Verpflichtung durch den Wert des Nachlasses gedeckt ist oder nicht[1]. Eine solche wechselnde Berechtigung würde z. B. zu Schwierigkeiten für die neuen Gesellschaftsgläubiger im Hinblick auf die Haftung des Erben führen. Denn wenn der Fremdverwalter als Bevollmächtigter handelt, haftet der Erbe mit seinem persönlichen Vermögen nicht aber mit dem Nachlaß[2]. Infolgedessen müßte erst die Höhe der Verbindlichkeit und die Höhe des Nachlasses verglichen werden, denn erst nach dieser Feststellung können die neuen Gesellschaftsgläubiger wissen, ob der Fremdverwalter als TV oder als Vertreter gehandelt hat und in welche Haftungsmasse sie unmittelbar vollstrecken können. Ein solches Ergebnis wäre aber unpraktisch.

Dem Amtsbereich des TV ist damit überhaupt die Mitgliedschaft verschlossen, er verwaltet sie vielmehr allein aufgrund der vom Erben besonders erteilten rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Damit hat er in der Gesellschaft folgende Rechtsstellung: Im Innenverhältnis zu den anderen Gesellschaftern vertritt er den Erben persönlich, im Außenverhältnis vertritt er die OHG, sofern der Erbengesellschafter vertretungsberechtigt ist.

---

1) Wiedemann 325 f; Richardi 56; Baur 256; nicht deutlich: Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 60; RGZ 172, 199 (205 f)

2) Entscheidend ist die Wirkung der mit der TV verbundenen separatio bonorum; zu den hier nur angeschnittenen Fragen der Haftung bei der "Vollmachtslösung" s. im einzelnen weiter unten S. 88 ff.

2. Die Einschränkung des freien Widerrufs

Angesichts der gefährdeten Stellung, die der TV wegen des jederzeit möglichen Widerrufs durch den Erben innehat, stellt sich die Frage, ob der Erblasser mit Hilfe einer entsprechenden Auflageregelung nicht eine Bindung des Erben erreichen kann, die etwa der Einschränkung des einzelnen Gesellschafters bei der Mehrheitsklausel oder des Erbengesellschafters bei der Vertreterklausel entspricht.
Auszugehen ist von den bisherigen Erörterungen zur Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers im Rahmen von § 138 BGB. Danach kann der Erblasser dem Erben nicht die Selbstbestimmung entziehen und ihn zur persönlichen und unbeschränkten Haftung für fremdbestimmte Schulden verpflichten. Um eine solche Bindung würde es sich hier jedoch nicht handeln. Der Erbe behielte in den entscheidenden Beschlüssen der Gesellschaft, die die Grundlage der Gesellschaft verändern oder ihn persönlich nachhaltig betreffen[1)], die Möglichkeit, entweder selbst seine Rechte, namentlich das Stimmrecht, auszuüben oder dem TV bindende Weisungen zu erteilen. Auch die Gesellschafter wären aufgrund des gesellschaftsvertraglichen Treueverhältnisses verpflichtet, in diesen Fällen nur die Rechtsausübung des Erben gelten zu lassen. Daneben könnte der Erbe den TV entlassen, wenn dieser seinen Weisungen in eben diesem Bereich nicht nachkommen will oder allgemein einen wichtigen Grund liefert, also etwa das Vertrauen des Erben mißbraucht bzw. sonst ordnungswidrig handelt.

---

1) s. o. S. 60 ff.

Es ist nicht zu verkennen, daß damit eine weitgehende und unter Umständen gefährliche Bindung des Erben geschaffen werden kann. Entscheidend ist jedoch, daß dem Erben im Kernbereich die eigene Bestimmung überlassen bleibt. Mit dieser Einschränkung ist eine Bevollmächtigung des TV daher rechtlich durchführbar.

3. Die Haftungsverhältnisse bei einem Nebeneinander von TV und Bevollmächtigung

Die in dieser Weise gestaltete Fremdverwaltung führt jedoch zu einer erheblichen Komplizierung der Haftungsverhältnisse des Erben. Diese Folge ergibt sich aus der nunmehr veränderten Wirkung der separatio bonorum.
Bei der Bevollmächtigung muß zwischen der Verwaltung der Mitgliedschaft und der Verwaltung des übrigen Nachlasses unterschieden werden. Auf der einen Seite ist dem TV bei der Vollmachtslösung die Verwaltung der Mitgliedschaft aus Rechtsgründen verwehrt, er verliert die ihm nach den §§ 2197 ff BGB sonst eingeräumten Befugnisse und muß infolgedessen die Mitgliedschaft freigeben[1]. Auf der anderen Seite bleiben ihm - dem Willen des Erblassers gemäß - alle gesetzlichen Rechte des TV, was die Verwaltung des übrigen Nachlasses angeht[2]. Infolgedessen besteht ein Nebeneinander von Bevollmächtigung und gesetzlicher TV. Die Nichtanwendung der §§ 2197 ff BGB auf die Verwaltung der Mitgliedschaft führt nun dazu, daß insoweit auch die auf den Vorschriften der TV beruhende separatio bonorum entfällt, was die Verwaltung der Mitgliedschaft angeht. Die sonst mit der TV verbundene Trennung zwischen Mitgliedschaft als Nachlaßbestandteil und

1) BGHZ 12, 100 (102; KG JW 36, 1137 (1138); KGJ 50, 162 (165);
2) RGZ 172, 199 (205); BGHZ 12, 100 (103); KG JW 39, 104

Eigenvermögen des Erben ist aufgehoben, weil der TV nicht mehr als Amtsverwalter, sondern nunmehr als Bevollmächtigter des Erben tätig wird. Rechtlich gesehen wird § 2205 BGB durch § 164 BGB ersetzt. Ebensowenig ist der Erbe durch § 2211 BGB gehindert, über die Mitgliedschaft zu verfügen, und aus einer in dieser Hinsicht getroffenen Verpflichtung hat der Berechtigte trotz § 2214 BGB einen durchsetzbaren Anspruch[1],

Hinsichtlich des übrigen Nachlasses aber behält die separatio bonorum, wie die anderen Wirkungen der TV auch, ihre Gültigkeit.

Für die ursprünglichen privaten Eigengläubiger des Erben hat das zunächst zur Folge, daß sie sich zu ihrem Vorteil nunmehr neben dem ursprünglichen Eigenvermögen auch an den auf den Erben übergegangenen Gesellschaftsanteil halten können; das gleichegilt für die neuen privaten Eigengläubiger des Erben, § 2214 BGB hat hier nur noch für den übrigen Nachlaß Bedeutung.

Diese Zugriffsmöglichkeit bedeutet einen entsprechenden Nachteil für die Nachlaßgläubiger, also die ursprünglichen Privat- und Gesellschaftsgläubiger des Erblassers. Ihnen steht zunächst in vollem Umfang der übrige Nachlaß zur Verfügung. Darüberhinaus können sie sich auch an den Gesellschaftsanteil halten, d. h. also den Gewinnanteil und das Entnahmerecht pfänden, bzw. nach Kündigung, § 135 HGB, in den gesamten Vermögenswert der Mitgliedschaft (Auseinandersetzungsanspruch) vollstrecken. Denn der Gesellschaftsanteil hat seine Eigenschaft als Nachlaßbestandteil nicht dadurch verloren, daß der TV seine

---

1) Das gilt nur im Verhältnis zum Fremdverwalter, ein gesellschaftsvertragliches oder durch Auflage begründetes Verbot bleibt hier außer Betracht.

dinglich wirkende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zugunsten des Erben verloren hat[1]. Für die Altgesellschaftsgläubiger kann sich im Einzelfall ein Ausgleich daraus ergeben, daß sie, wie schon ausgeführt, auch in das persönliche Vermögen des Erben vollstrecken können[2].

Schließlich stehen auch die neuen Gesellschaftsgläubiger vor veränderten und komplizierten Haftungsverhältnissen. Aufgrund der persönlichen Verpflichtung des Erben sind sie nämlich ebenfalls nur Eigengläubiger des Erben, und als solchen ist ihnen wegen § 2214 BGB grundsätzlich der Zugriff auf den übrigen Nachlaß verwehrt. Man kann demgegenüber nicht geltend machen, daß wegen der Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft die neuen Schulden der Gesellschaft nicht nur Erbenschulden, sondern auch Nachlaßschulden darstellen (Nachlaßerbenschulden), denn der Erbe selbst kann wegen § 2214 BGB schlechthin keine Verpflichtungen mit Wirkung für den Nachlaß eingehen - weder direkt noch auf dem Umweg über eine entsprechende Vollmacht. Da ein Vertreter bei derselben Verbindlichkeit sich selbst und zugleich den Vertretenen verpflichten kann[3], könnte man allenfalls weiter daran denken, daß der Fremdverwalter uno actu aufgrund beider Berechtigungen handelt und als Bevollmächtigter den Erben persönlich, als TV den Erben mit Wirkung für den Nachlaß verpflichtet. Aber die Vollmachtslösung selbst geht gerade davon aus, daß dem TV

---

1) vgl. Michaelis ZAkfDR 43, 233; Donner DNotZ 44, 143 (145); Siebert Vortrag, S. 20; Weiler DNotZ 52, 283 (292)

2) s. o. S. 34 ff.

3) vgl. RGZ 75, 1 (3); RGZ 127, 103 (105); Staudinger-Coing § 164, Anm. 9.

amtliche Befugnisse im gesellschaftsrechtlichen Bereich überhaupt nicht zustehen, und außerdem könnte man auf diesem rein rechtstechnischen Wege in beliebigem Umfang die §§ 2206, 2214 BGB umgehen.

Zusammenfassend ergibt sich damit, daß die Anordnung der TV lediglich in eine Auflage oder Bedingung umgedeutet werden kann, dem TV eine beschränkt widerrufliche Vollmacht zu erteilen.

Fünftes Kapitel

Der TV als Treuhänder

I. Die Befugnisse des TV bei treuhänderischer Übernahme der Mitgliedschaft

Zur Lösung des Problems der Fremdverwaltung wird weiterhin vorgeschlagen, daß der TV die Mitgliedschaft als Treuhänder verwalten könne[1].

Danach ist die Anordnung der Verwaltungsvollstreckung so zu verstehen, daß der TV die Mitgliedschaft des Erben treuhänderisch übernehmen soll. Zu diesem Zweck tritt der TV voll in die Gesellschaft ein, er wird Mitglied und Gesamthänder mit allen Rechten und Pflichten, während der

---

1) BGHZ 24, 106 (112); BGHZ Betrieb 62, 1638; Hueck S.305; Schlegelberger-Geßler § 139, Anm. 14 b; Kipp-Coing 11. Bearb. S. 290; Lange § 29 V 7 c (305); Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 68; Sommer DNotZ 36, 937 (939); Donner DNotZ 44, 143 (149); Holch DNotZ 58, 282 (296); Siebert FS 321 (328); Nordemann NJW 63, 1139 (1140); Richardi S. 61; Wiedemann S. 343; für das Einzelhandelsunternehmen: BGHZ 12, 100 (102); RG 132, 138 (142); KG JFG 18, 276 (278)ff) KG JW 36, 1137 (1138); JW 37, 2599; OLG München JFG 14, 428 (431)

Erbe für diese Zeit ausscheidet[1)2)]. Der Eintritt eines neuen Mitglieds kann jedoch nur erfolgen, wenn die Gesellschafter damit einverstanden sind. Wann ein solches Einverständnis der Gesellschafter gegeben ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Insoweit ergeben sich im wesentlichen die gleichen Fragen wie bei der Zulassung der TV durch die Gesellschafter[3)]. Haben die Gesellschafter durch die TV-Klausel im Gesellschaftsvertrag das Auftreten des TV in der Gesellschaft zugelassen, so bedarf es nicht noch einer besonderen Zustimmung zur treuhänderischen Übernahme[4)]. Entscheidend ist, daß die Gesellschafter eine zeitlich beschränkte, fremdnützige Verwaltungstätigkeit durch die

---

1) Wie sich dieser Eintritt vollzieht, ist streitig. Zum Teil wird ein unmittelbarer Übergang vom Erben auf den TV gefordert, BGHZ 13, 179 (185 f); Liebisch ZHR 116, 128 (132 Anm. 11); Richardi S. 60 ff; zum Teil aber ein Eintritt durch Vertrag mit den Gesellschaftern, v. Godin JR 48, 61; Buchwald BB 55, 52 (53); Siebert StbJhb 55/56, 299 (317); Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 c; differenzierend Hueck OHG S. 288 ff. Diese mehr konstruktive Frage spielt jedoch im Rahmen dieser Arbeit keine Rolle, denn entscheidend ist, daß der TV überhaupt Mitglied der Gesellschaft wird. Darüber besteht aber kein Zweifel.

2) Generell wird man daher nicht so auslegen können, so mit Recht Baur FS S. 254; s. a. Westermann Rz 511

3) s.o.S. 31 ff.

4) Fischer LM Nr. 1 zu § 2218 BGB

Klausel akzeptieren. Fehlt dagegen eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, so ist für das Eintreten des TV als Treuhänder in die Gesellschaft ein besonderer Zulassungsbeschluß erforderlich, der durch Mehrheitsbeschluß erfolgen kann, wenn der Gesellschaftsvertrag es vorsieht.

Zweifelhaft bei dieser Ersatzlösung ist jedoch, ob der TV oder letzlich der Erbe unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haftet. Als Gesellschafter der OHG ist zunächst der TV den Gläubigern verantwortlich, er haftet persönlich und unbeschränkt. Entscheidend ist weiter, ob er gegenüber dem Erben einen unbeschränkten Rückgriffsanspruch geltend machen kann[1] oder ob er mit diesem Anspruch auf die Höhe des Nachlasses beschränkt ist[2]. Diese Frage wird vielfach damit beantwortet, daß man für die Regelung des Innenverhältnisses allein auf das Auftragsrecht (§ 670 BGB) oder auf das TV-Recht (§§ 2206, 2218, 670 BGB) verweist.

---

1) BGHZ 12, 100 (104); KG JFG 18, 276 (281); Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 59; Wiedemann S. 344; Holch DNotZ 44, 282 (292); Rieper Diss. S. 47

2) Hueck OHG S. 305; Westermann Rz 511; Fischer § 105 Anm. 28 c; Siebert FS S. 388; Nordemann NJW 63, 1139 (1140)

Im ersten Fall würde der Erbe unbeschränkt, im zweiten Fall würde er dagegen aber beschränkbar haften, da der TV nur Nachlaßverbindlichkeiten eingeht. Für die Beantwortung der Frage, welche Rechtsvorschriften angewandt werden sollen, muß jedoch zunächst untersucht werden, welche Haftung für den Erben zumutbar ist. Es ist zu fragen, ob es überhaupt möglich ist, daß der Erbe für die Ansprüche des Treuhänders persönlich und unbeschränkt einstehen muß. Das kann nach den bisherigen Ergebnissen nur verneint werden. Der Erbe kann noch nicht einmal selbst und aus freiem Entschluß ein Treuhandverhältnis begründen, nach dem er aus der Gesellschaft vollkommen ausscheidet und jeden Einfluß auf die Entscheidungen des an seiner Stelle eintretenden TV verliert, gleichwohl aber auf Jahre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Rückgriff des Treuhänders persönlich und unbeschränkt haftet (§ 138 BGB)[1]. Ob sich dabei die Haftung - wie bei der gesetzlichen TV oder der Bevollmächtigung - unmittelbar gegenüber den Gläubigern oder nur im Innenverhältnis zum Treuhänder auswirkt, ist für den Erben gleichgültig. Da der Erbe von der eigenen Mitbestimmung in den Angelegenheiten der OHG ausgeschlossen und im Verhältnis zum Treuhänder - TV nicht einflußreicher ist, als gegenüber dem TV als

1) BGHZ 44, 158 ff.

solchem[1], ist insoweit auch der allgemeine Gedanke heranzuziehen, daß grundsätzlich kein Vermögensinhaber für Verbindlichkeiten aus Fremdverwaltung über das amtlich verwaltete Vermögen hinaus persönlich haften darf[2]; dies gilt unabhängig davon, ob die Haftung im Außenverhältnis den Gläubigern gegenüber oder im Innenverhältnis dem Rückgriff des Fremdverwalters gegenüber besteht[3].

Kann damit der Erbe sich noch nicht einmal selbst in die geschilderte Abhängigkeit geben, so ist es erst recht dem Erblasser versagt, ihn durch Auflage dazu zu verpflichten. Die Testierfreiheit des Erblassers ist durch § 138 BGB begrenzt.

Die Treuhandlösung läßt sich also nur in der Form durchführen, daß dem Treuhänder für seine Ersatzansprüche lediglich der Nachlaß zur Verfügung steht. Zu einer treuhänderischen Verwaltung würde sich daher allenfalls ein Mitgesellschafter bereitfinden, den schon sowieso die unbeschränkte Haftung trifft. Zwar steht die Übernahme der Mitgliedschaft im pflichtgemäßen Ermessen des TV[4], aber

---

1) vgl. KF JFG 18, 276 (281)
2) vgl. BGHZ NJW 55, 339; Dölle FS S. 268 (278 f); Barz NJW 47/48, 44 (45); LG Berlin JR 51, 244 (245)
3) so auch BGHZ 44, 158 ff; jede andere Regelung liefe auf eine unzulässige Bindung hinaus. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Treuhänder den Weisungen des Treugebers unterliegt und damit praktisch die Stellung eines Strohmannes innehat, vgl. OLG Celle JW 38, 1951 (Boesebeck)
4) Wiedemann S. 344

ein derartiges Risiko kann niemandem zugemutet werden[1]. Im Einzelfall könnte dies vielleicht einmal dann der Fall sein, wenn einem Gesellschafter als TV auch in eigener Person das Entnahmerecht und der Gewinnanspruch zuständen, aber das geht weit über die Vorstellungen des Erblassers von einer fremdnützigen Tätigkeit des TV hinaus; er wäre damit praktisch Vorerbe.

Gleichwohl ist unter diesen Voraussetzungen eine Treuhandverwaltung rechtlich möglich. Da in diesem Fall der Erbe mit der Gesellschafterstellung weder verwaltungsmäßig noch wirtschaftlich etwas zu tun hat, bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß sich das Innenverhältnis zwischen Erbe und TV dem Willen des Erblassers gemäß nach TV-Recht richtet[2].

II. Die Haftungsverhältnisse bei der Treuhand

Ebenso wie die persönliche Vertretung des Erben (§ 164 BGB) führt auch die treuhänderische Verwaltung zu veränderten Haftungsverhältnissen.

---

1) Vor allem, wenn man daran denkt, daß der TV noch fünf Jahre nach seinem Ausscheiden weiter haftet, § 159 HGB

2) Siebert FS S. 338; Siber IhJhb 67, 81 (147); Wiedemann S. 343; Richardi S. 58; Holch DNotZ 58, 282 (292); Nordemann NJW 63, 1139 (1140); wohl auch Hueck OHG S. 305 Anm. 52; widersprüchlich BGHZ 12, 100, wo einerseits TV-Recht angewendet (103), andererseits aber von einem unbeschränkten Rückgriffsanspruch ausgegangen wird (104); s.a. KG JFG 18, 276 (281); Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 9.

Während zunächst die Zugriffsmöglichkeiten hinsichtlich des übrigen Nachlasses die gleichen bleiben, muß für den Gesellschaftsanteil davon ausgegangen werden, daß der TV, wenn er auch zu fremdem Nutzen tätig wird, voller Rechtsinhaber geworden ist. Folglich haftet hier der TV für alle Gesellschaftsschulden in eigener Person (§§ 128, 130 HGB), er kann für seine Aufwendungen aber gegen den Erben nur beschränkt Rückgriff nehmen[1]. Weiterhin ist es den Eigengläubigern des Erben wie den privaten Nachlaßgläubigern verwehrt, unmittelbar in die Vermögenswerte der Mitgliedschaft zu vollstrecken[2], denn der Gesellschaftsanteil ist mit der Übertragung auf den Treuhänder aus dem Nachlaß und damit auch aus dem Vermögen des Erben ausgeschieden. Gegenüber diesen Nachlaßgläubigern gehört es aber weiterhin zu den Pflichten des Treuhänders als TV, zur Befriedigung der Nachlaßschulden den Gesellschaftsanteil herauszugeben (§ 2216 BGB).
Aber auch die Eigengläubiger des Erben können sich im Ergebnis an den Gesellschaftsanteil halten. Der TV ist dem Erben gegenüber verpflichtet, die Mitgliedschaft auf ihn zurückzuübertragen, wenn seine Amtszeit und damit auch die treuhänderische Verwaltung endet (§§ 2218, 670 BGB)[3]. Auf diese Dauer der Treuhand kann sich der TV aber nicht mehr berufen, wenn Eigengläubiger des Erben den Vermögenswert der Mitgliedschaft benötigen, um ihre Forderungen gegenüber dem Erben einzutreiben. Denn einmal

---

1) s. o. S. 93 f
2) Die Forderungen des Treuhänders aus dem Gesellschaftsverhältnis werden durch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gegen den Erben nicht ergriffen, vgl. BGHZ 11, 37 (43) = NJW 54, 190
3) vgl. Wiedemann S. 343

handelt es sich nicht um eine eigennützige, im Interesse des TV bestehende Treuhand[1] und zum anderen entfällt auch eine entsprechende Anwendung des § 2214 BGB, weil der Gesellschaftsanteil aus dem Amtsbereich des TV ausgeschieden ist. DieEigengläubiger können daher den Anspruch des Erben auf Rückübertragung pfänden, um dann Gewinnanteil und Entnahmerecht, bzw. nach Kündigung den gesamten Kapitalanteil zu verwerten.
Bedeutet damit die Treuhandlösung - neben den schon im Innenverhältnis begründeten Schwierigkeiten[2] - für die Gläubiger des Erben eine Komplizierung der Haftungsverhältnisse, so ist siedarüber hinaus sowohl für den Erben wie auch für seine Gläubiger und Mitgesellschafter nicht ganz ungefährlich. Da der TV, anders als bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung Gesamthänder wird, ist es nicht ausgeschlossen, daß private Gläubiger des TV in den Gesellschaftsanteil vollstrecken[3]. Der Erbe kann diesem Risiko nur dadurch begegnen, daß er die Verwaltung des TV laufend kontrolliert und beizeiten seine Gegenrechte geltend macht (§§ 771 ZPO, 43 KO)[4].
Als Ergebnis ist festzustellen, daß die Treuhandlösung wegen der damit für den TV verbundenen Belastung kaum realistisch ist und überdies zu unübersichtlichen Haftungsverhältnissen führen kann.

---

1) vgl. insoweit den Gedanken des § 23 Abs. II KO

2) s. o. S. 93 f

3) vgl. für das einzelkaufmännische Unternehmen, Baur FS S. 251

4) vgl. BGHZ NJW 59, 1224 (1225)

Sechstes Kapitel

Die Wahrnehmung einzelner Mitgliedschaftsrechte durch den TV

Nach der bisherigen Untersuchung hat sich ergeben, daß die Verwaltung der gesamten Mitgliedschaft im Wege der gesetzlichen TV überhaupt nicht und im Wege der Ersatzlösungen nur mit Einschränkungen durchführbar ist. Es bleibt die Frage, ob dem TV dieAusübung einzelner Mitgliedschaftsrechte des Erben zusteht. In Betracht kommt hier die Geltendmachung von Kapitalansprüchen des Erbengesellschafters, von Informations- und Kontrollrechten und ein Kündigungsrecht.

I. Die Kapitalansprüche

Zu diesen gehören insbesondere der Gewinnanspruch und das Entnahmerecht, daneben die Ansprüche aus Geschäftsführung und auf das Auseinandersetzungsguthaben. Nach einer Meinung sollen sie der Verwaltung des TV unterfallen, und zwar deshalb, weil sie nach § 717 Satz 2 BGB übertragbare Rechte darstellen[1]. Diese Begründung bedarf jedoch

---

1) Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 162; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 12; Baumbach-Duden Anm. 4 B zu § 139, Michaelis ZAkfDR 43, 233 (234); Holch DNotZ 58, 282 (285); zweifelnd, aber im Ergebnis: Siebert FS S. 321 (339); Wiedemann S. 341;
aA für den Gewinnanspruch RG 170, 392 (395); 172, 199 (205); Hueck OHG S. 306; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 c; v. Godin S. 118; für den Auseinandersetzungsanspruch: Schlegelberger-Geßler § 139 Anm.14 c; Weipert § 139 Anm. 13; differenzierend Hueck OHG S. 307; dahingestellt RGZ 170, 395; 172, 202

einer näheren Untersuchung. Bedenken ergeben sich dabei vor allem in zweierlei Hinsicht: einmal ist aus der generellen Übertragbarkeit noch nicht der Schluß zu ziehen, daß gerade der Erblasser im Verhältnis zum Erben eine solche Übertragung der Rechte auf den TV erreichen kann[1], zum anderen fehlt der Nachweis, ob der Erblasser eine solche Restübertragung überhaupt will, wenn er eine Gesamtvollstreckung über die ganze Mitgliedschaft anordnet[2].

Zunächst scheidet eine direkte Übertragungsmöglichkeit durch den Erblasser aus; eine unmittelbare Zuweisung in den Verwaltungsbereich des TV wäre nur dann möglich, wenn man - trotz zunehmender zeitlicher Entfernung vom Erbfall - eine analoge Anwendung des § 2041 BGB[3] auf die sich ständig neu ergebenden Kapitalrechte für möglich hält und diese daher lediglich als Nachlaßfrüchte ansehen würde. Eine solche Beurteilung ist jedoch einseitig. So beruht z. B. der Gewinn der Gesellschaft auf der werbenden Tätigkeit, dem Kapitaleinsatz und dem Kredit aller Gesellschafter und damit für den Erben nur zum Teil auf der vom Erblasser weitergegebenen wertmäßigen Beteiligung[4]. Weiterhin stellt auch der anteilsmäßige Gewinnanspruch des Erben nicht allein eine Verwirklichung der Vermögenswerte des Erblassers dar, sondern vielmehr die Honorierung - praktisch den Verdienst - des vom Erben selbst aufgewandten persönlichen und wirtschaftlichen Einsatzes und das Korrelat seiner eigenen persönlichen und unbeschränkten

---

1) in dieser Richtung: Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 62; Hueck OHG S. 307
2) Liebisch ZHR 116, 128 (140)
3) vgl. dazu Baur JZ 58, 465 (467) m.w.N.; eine direkte Anwendung würde deshalb ausscheiden, weil § 2041 BGB sich auf Rechtsgeschäfte von Miterben bezieht
4) RGZ DR 43, 1224 (1225); Hueck OHG S. 306; Fischer § 105 Anm. 28 e; Weipert § 139 Anm.13;aA.Wiedemann S.341

Haftung[1].
Anstelle einer unmittelbaren Zuweisung der Kapitalrechte kommt daher nur eine Auflage bzw. ein Vermächtnis des Erblassers in Betracht, das den Erben dazu verpflichtet, die Ausübung der Kapitalrechte dem TV zu überlassen.[2] Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß eine derartige Anordnung des Erblassers im Einzelfall zu Härten führen kann, vor allem dann, wenn der Erbe ausschließlich oder zu einem wesentlichen Teil durch die Mitarbeit in der Gesellschaft belastet ist. Es ist jedoch entscheidend, daß die Voraussetzung, überhaupt am Gewinn der Gesellschaft beteiligt zu werden, für den Erben neben dem eigenen Einsatz in der erbrechtlichen Zuwendung besteht. Daneben wird man in diesen Fällen vielfach mit der Freigabe nach § 2217 BGB ausgleichen können[3]. Trotz der Gültigkeit einer solchen Bestimmung würde es aber gleichwohl eine nicht gerechtfertigte Auslegung darstellen, wenn man aus der generellen Anordnung der TV schlechthin und immer auch auf den Willen des Erblassers zu dieser differenzierten Belastung des Erben schließen wollte. Eine solche Auslegung, die a maiore ad minus vorginge, ist deshalb nicht überzeugend, weil der Erblasser den Gesellschaftsanteil im Regelfall doch nur deshalb dem TV überläßt, weil er dem Erben nicht die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten zutraut, die nun einmal für die Arbeit in der Gesellschaft und die Ausübung der gesamten Verwaltungsrechte Erfolgsvoraussetzung sind. Angesichts dieser Vorstellung des Erblassers ist die alleinige Ausübung der Kapitalrechte, z. B. des

---

1) das wird besonders deutlich, wenn den Erben die Geschäftsführungs- und Vertretungspflicht trifft
2) Schlegelberger-Geßler § 139 Anm.14 c; Richardi S.70
3) vgl. Holch DNotZ 58, 282 (286); Wiedemann S. 341

Gewinnanspruches, weitgehend sinn- und zwecklos und damit im Zweifel auch nicht ersatzweise gewollt, weil dem Erben gerade die entscheidenden Rechte, auf deren Verwaltung es dem Erblasser ankommt, überlassen bleiben müssen[1].

Etwas anderes wird jedoch dann gelten, wenn dem TV neben der Verwaltung der Mitgliedschaft auch Auseinandersetzungsaufgaben anvertraut sind. Das ist z. B. der Fall, wenn mehrere Miterben vorhanden sind und nur ein Erbe die Mitgliedschaft übernimmt, die anderen Miterben aber am Vermögenswert der Mitgliedschaft beteiligt werden sollen.

Demnach ist eine Verpflichtung des Erben, die Kapitalrechte dem TV zu übertragen, nur dann anzunehmen, wenn sich ein solcher Wille des Erblassers durch Auslegung der Bestimmungen des Testaments zweifelsfrei ergibt[2].

Die vorstehenden Überlegungen gelten für alle Kapitalrechte, insbesondere auch für den Abfindungsanspruch; abgesehen von dem Fall, daß der Erbe während der Schwebezeit ausscheidet - hier ist die gesetzliche TV stets über alle Rechte zulässig[3]- ist der bei Ausscheiden erreichte Kapitalwert ebenfalls nicht nur das Ergebnis der Erbfolge in die Gesellschafterstellung[4]. Er fällt also nicht von selbst unter die TV. Vielmehr entscheidet hier wiederum die Auslegung, ob der Erblasser auch gerade den Kapitalwert der Verwaltung des TV überlassen will[5].

---

1) Weipert § 139 Anm. 13 a.E.; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 c.
2) Hueck OHG S.306; Liebisch ZHR 116, 128 (142); Valckenberg Diss. S. 50
3) s.o. S. 43
4) Hueck OHG S. 306; Fischer § 105 Anm.28 e; Rehlinger Diss. S. 86; Richardi S. 69;aA: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 12; v. Godin S. 121
5) Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 14 c; Hueck OHG S. 306 Anm. 58

II. Informations- und Kontrollrecht, Recht auf Anhörung

Der TV in seiner gesetzlichen Stellung hat - wie festgestellt wurde - dem Erben gegenüber weder im Außen- noch im Innenverhältnis ein unmittelbares Verwaltungs- oder Weisungsrecht. Mangels dieser Exekutivrechte kommt ihm folglich nur eine beratende Funktion zu. Aus dieser Rechtsstellung hat er ein Recht auf Kontrolle und Information sowie auf Anhörung[1]. Wenn den Erben im Rahmen dieser Kontrolltätigkeit des TV auch keine bestimmten Verpflichtungen treffen können, so ist die Ausübung dieser Rechte doch nicht wirkungslos, denn damit verbleibt dem TV ein Rest an Einfluß, der sich besonders dann auswirken wird, wenn zwischen ihm und dem Erben ein Vertrauensverhältnis besteht.

III. Das Kündigungsrecht

Zusammenhängend mit dem Verfügungsrecht über den Abfindungsanspruch stellt sich die Frage, ob dem TV das Recht zusteht, die OHG zu kündigen[2]. Die Ausübung der einzelnen Mitgliedschaftsrechte ist dem TV jedoch versagt, und da grundsätzlich das Verfügungsrecht des TV nicht weiter geht als sein Verwaltungsrecht[3], liegt es nahe, daß der TV in dieser Weise auch nicht über die gesamte Mitgliedschaft verfügen kann. Bedenken können aber dann bestehen, wenn ohne die Heranziehung des Kapitalwertes der Beteili-

---

1) Siebert FS S. 339
2) Es kann dabei dahinstehen, ob es sich um die Ausübung des Kündigungsrechts des Erben oder um ein außerordentliches eigenes Kündigungsrecht des TV handelt, das in Analogie zu § 135 HGB zu entwickeln wäre, wie Wiedemann S. 341 meint.
3) Siber IhJhb 67, 81 (99).

gung die Nachlaßschulden nicht beglichen werden können oder der Erblasser den TV ausdrücklich dazu ermächtigt hat. Gegen ein Kündigungsrecht des TV spricht jedoch zunächst, daß damit in einem sehr weitgehenden Maße in die persönliche Rechtsstellung des Erben eingegriffen werden kann, vor allem dann, wenn die Tätigkeit in der Gesellschaft für ihn zum Beruf geworden ist. Darüber hinaus wäre die Einräumung des Kündigungsrechtes nicht einmal sachgerecht, denn der Erbe möchte vielleicht lieber die Nachlaßschulden aus dem persönlichen Vermögen begleichen, um sich auf jeden Fall die Beteiligung zu erhalten[1].

Dieser eigenen Entscheidung des Erben könnte der TV zuvorkommen. Wird daher dem TV das Kündigungsrecht nicht eingeräumt, so ergibt sich schließlich auch kein Nachteil für die Nachlaßgläubiger. Will sie der Erbe nicht aus eigenen Mitteln befriedigen, so können sie die Vollstreckung in den Gesellschaftsanteil betreiben[2], und damit steht ihnen selbst das Kündigungsrecht aus § 135 HGB zu.
Danach scheidet ein eigenes Kündigungsrecht des TV aus.

Zusammenfassend ergibt sich,daß dem TV lediglich ein Informations- und Kontrollrecht sowie ein Recht auf Anhörung zusteht. Die Kapitalrechte kann er nicht ohne weiteres wahrnehmen, sondern nur dann, wenn ihm der Erbe die Verwaltung dieser Rechte überläßt. Dazu ist der Erbe verpflichtet, wenn sich im Einzelfall ein solcher Wille des Erblassers nach Auslegung ergibt.

---

1) Aus diesem Grunde billigt man auch nicht dem Nachlaßverwalter ein Kündigungsrecht zu: BGHZ BB 1967, 559 (560); Hueck OHG S. 306 Anm. 60; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 15; a.A. KG DR 42, 973 (974); Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 9,16

2) s.o.S. 89 f.

Zusammenfassung

Die Mitgliedschaft in einer OHG kann vererbt werden und gehört in vollem Umfang zum Nachlaß des Erblassers.

Sie untersteht jedoch nicht der Verwaltung eines TV, weil der Erbe als OHG-Gesellschafter unbeschränkbar und persönlich für die Schulden der Gesellschaft haftet und die TV daher zu einer unzumutbaren Bindung des Erben führt (§ 138 BGB).

Soweit die anderen Gesellschafter zustimmen, hat der TV dagegen ein Informations- und Kontrollrecht. Die Kapitalrechte kann er nur dann wahrnehmen, wenn sich ein solcher Wille des Erblassers nach Auslegung feststellen läßt.

Der Erbe kann den TV zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte bevollmächtigen. Diese Bevollmächtigung kann Inhalt einer entsprechenden letztwilligen Auflage oder Bedingung sein.

Durch eine Auflage oder Bedingung kann jedoch nur eine beschränkt widerrufliche Bevollmächtigung angeordnet werden; eine unwiderrufliche Vollmacht würde eine nach § 138 BGB unzulässige Bindung des Erben bedeuten.

Daneben hat der TV die Möglichkeit, als Treuhänder unter eigener persönlicher Haftung in die Gesellschaft einzutreten; sein Ersatzanspruch gegen den Erben ist in diesem Fall durch die Höhe des Nachlasses begrenzt.

Lebenslauf

Am 2. Juni 1942 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Hermann Buß und seiner Frau Hella geb. Scholle geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ostern 1948 wurde ich in die Volksschule eingeschult. Anschließend besuchte ich bis zum Abitur am 7.2.1962 das Staatliche Schiller-Gymnasium in Münster.

Vom Sommersemester 1962 bis zum Wintersemester 1966/67 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Genf, Freiburg/Breisgau, Münster, sowie sechs Semester Soziologie an der Universität Münster. Am 7.4.1967 legte ich die 1. Juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm ab.

Seit dem 1.10.1968 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg.